

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO
DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE
DIREITO

**O ABUSO DE DIREITO DE DESENHO INDUSTRIAL: A
INTERPRETAÇÃO DO CADE À LUZ DO CASO ANFAPE.**

OTÁVIO LOBO CAVALCANTE

RIO DE JANEIRO

2018/1

OTÁVIO LOBO CAVALCANTE

**O ABUSO DE DIREITO DE DESENHO INDUSTRIAL: A
INTERPRETAÇÃO DO CADE À LUZ DO CASO ANFAPE.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. João Marcelo de Lima Assafim**

RIO DE JANEIRO

2018/1

CIP - Catalogação na Publicação

La Lobo Cavalcante, Otávio
O Abuso de direito de desenho industrial: A interpretação do CADE à Luz do caso Anfape / Otávio Lobo Cavalcante. -- Rio de Janeiro, 2018.
68 f.

Orientador: João Marcelo De Lima Assafim.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Abuso. 2. Propriedade intelectual. 3. Direito da concorrência. 4. Desenho. I. De Lima Assafim, João Marcelo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

OTÁVIO LOBO CAVALCANTE

O ABUSO DE DIREITO DE DESENHO INDUSTRIAL: A INTERPRETAÇÃO DO CADE À LUZ DO CASO ANFAPE.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. João Marcelo de Lima Assafim.**

Data da Aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2018/1

AGRADECIMENTOS

À Deus, que é amor, e se manifesta em todo o amor que recebo em minha vida, principalmente da minha Mãe e do meu Pai, mas também dos amigos e amigas, que passaram e que permaneceram, souberam me compreender e me ajudar a superar minhas falhas e me amar. Agradeço ainda aos meus queridos professores e professoras que me desafiaram e inspiraram a crescer intelectualmente especialmente aos que mostraram ser possível ser modelo de profissionalismo e humanidade, aos que dedicaram tempo para orientar, falar sobre a vida e ajudaram a refletir sobre a direção da minha vida nos momentos mais difíceis dos desafios que a vida, tão distante de casa, nos impõe.

RESUMO

Os direitos de desenho industrial fazem parte da propriedade intelectual, e como tal, são protegidos como forma de incentivo a inovação, essa proteção é direcionada a criar um ambiente favorável ao empreendedor de modo a estimular a concorrência por superação, no entanto, o problema surge quando o exercício do poder de exclusão, conferido pela lei, passa a ser utilizado de forma abusiva, como consequência, o surge efeito anti-empresendedor, o monopólio legal pode se tornar um monopólio econômico ilegal, visto que sua causa é um abuso. Isso pode vir a criar perigosos efeitos para a sociedade, tais como (i) elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes (ii) peso morto de monopólio (iii) distorção no processo de formação de preço. Quando localizadas no setor de automóveis, tais distorções podem ter efeitos preocupantes ao considerarmos a característica dos automóveis, enquanto um bem de elevado valor, e os efeitos de “*lock in*” decorrentes disso. Esse trabalho monográfico discorrerá sobre o abuso de desenho industrial no mercado secundário de autopeças e verificará o tratamento conferido pela a autoridade antitruste brasileira frente à questão no primeiro caso, submetido ao CADE, versando sobre a questão no Brasil.

Palavras-Chave: abuso; propriedade intelectual; Direito da Concorrência; desenho.

ABSTRACT

The design rights are inside the field of intellectual property, as so, they are granted in a way to push innovation forward and create a friendly environment to the entrepreneur aiming to stimulate concurrence. There is a problem, however, when the power of exclusion, given by the law, is misused, as a consequence, an unfriendly environment is created for the entrepreneurs, the legal monopoly can change in an illegal economic monopoly caused by that misuse. That can create dangerous effects in society such as (i) barriers of entry (ii) monopoly dead weight (iii) distortion in the process of pricing. When inside automobile sector such distortions could had concerning effects considering that in Brazil automobiles are considered as a high value good, and the lock in effect is present. This monography will discourse on design rights misuse in auto-parts aftermarket and will verify the treatment given by the antitrust authority to the question in its first case take to the CADE's appreciation

Key-Words: Misuse; Intellectual Property; Antitrust; Design.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1 ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS.....	2
2 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL: EXERCÍCIO DE DIs NO MERCADO SECUNDÁRIO DA AUTOPEÇAS.....	3
2.1 Considerações iniciais.....	3
2.2. Volvo vs. Veng.....	4
2.3 Renault maxicar.....	5
3 DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	6
3.1 O Direito Constitucional.....	6
3.1.1 Direitos Fundamentais.....	7
3.1.2 Ordem econômica.....	8
3.2 A Propriedade Intelectual.....	9
3.2.1 O Direito de desenho industrial.....	12
3.2.2 Função.....	12
3.2.3 Atribuição.....	14
3.3 Direito da Concorrência.....	14
3.3.1 Artigo 36 Inciso II.....	15
3.3.2 Artigo 36, Inciso XIX.....	15
3.4 Abuso de direito e Boa Fé.....	16
3.4.1 A objetividade do Art. 187.....	17
3.4.2 Um princípio de aplicação ampla.....	17
3.4.3 A Noção de abuso em propriedade intelectual.....	18
3.5 “Caso Orgus”.....	19
4 CONTORNOS CONCORRENCIAIS DO EXERCÍCIO DE DIREITO DE DESENHO INDUSTRIAL NO MERCADO DE AUTOPEÇAS: O CASO ANFAPE.....	20
4.1 Considerações iniciais.....	20
4.2 O Caso Anfape.....	21
4.3 Pareceres institucionais.....	24
4.4 Votos.....	25
4.4.1 Voto do Conselheiro Paulo Burnier.....	25
4.4.2 Voto do conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia.....	30
4.3.3 Voto Conselheira Polyanna Ferreira da Silva Vila Nova.....	37
4.4.4 Voto da conselheira Cristiana Alkmin.....	41
4.4.5 Voto da conselheira Paula Azevedo.....	44
4.4.6 Voto do Conselheiro Alexandre Barreto de Souza.....	46

4.4.7 Voto do Conselheiro João Paulo Resende (voto vista).....	48
4.5 Análise.....	54
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa tem por tema o direito econômico, o objeto é o direito da concorrência. O problema é a exclusão por meio de DIs no mercado secundário de autopeças. A hipótese é que a aplicação do art. 187 do CC bem como o art 36, XIX da lei 12.529/11 pode impedir tal conduta no mercado em questão. A abordagem utilizada será indutiva em procedimento monográfico, que partirá da abordagem de uma situação, representativa de outras, para se chegar em generalizações.

A metodologia específica adotada consiste em expor o problema através da experiência internacional sobre o assunto e do tratamento jurídico interno conferido à questão, em seguida, levantar os critérios utilizados pelos conselheiros para, então, proceder à uma análise sobre convergências e divergências entre os mesmos para, a partir daí, ponderar sobre os critérios adotados para avaliar a questão do abuso de direito de desenho industrial no mercado secundário de autopeças.

A partir dos pontos levantados uma análise sucinta será feita tomando por base os pontos mais elencados nas decisões bem como aqueles aos quais os conselheiros deram mais atenção durante o voto, essa sessão exporá as divergências e concordâncias mais sensíveis da matéria frente ao problema da delimitação do exercício do direito colocado por essa pesquisa.

Por fim a conclusão abordará a resposta do problema colocado frente à análise.

1 ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS

Na indústria automobilística, o desenho industrial costuma ser utilizado como vantagem competitiva, visando atrair o consumidor para que o mesmo adquira o produto com o “design” que mais lhe agrada. A importância do desenho industrial é evidente na própria lógica de negócio, afinal se os consumidores são atraídos pelo desenho é preciso impedir que o mesmo seja copiado pelos concorrentes, a propriedade industrial surge então para proteger a atividade e torna-la viável.¹

No entanto, o conflito em questão não se trata do uso do título com vistas a buscar proteção do negócio contra um fabricante concorrente que copiou o desenho ou elementos do desenho industrial, o litígio versa sobre a fabricação das peças de reposição, e como o nome bem sugere, se destinam a repor uma peça danificada no conjunto do automóvel.

As ações movidas em face de revendedores de peças genéricas, nesse sentido, se apresentam como a proteção de um direito, acompanhada da apresentação existe à consequência do sucesso das ações, impedir que os revendedores ofereçam peças genéricas aos consumidores, de modo que eles possam, se assim lhes for permitido de acordo com a vontade do fabricante, oferecer apenas as peças autorizadas.

A propriedade intelectual, título que deu ensejo a essas ações, é instrumento de promoção do desenvolvimento², não é dada como recompensa ao esforço como se chegou a pensar, mas é dada como recompensa ao benefício social gerado por ela. Intimamente ligada a essa função está a necessidade da propriedade para a viabilização da atividade econômica em que está inserida. Uma vez que essa busca

1 Da SILVEIRA, Paulo Burnier - **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** Voto GAB5 (SEI nº 0455664). 92p

2 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais**. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007. 201p.

fomentar a concorrência por superação e a criação de um ambiente pró-empREENDEDOR³

O desenho industrial, sendo um direito de propriedade industrial inserido na ordem constitucional, não foge à regra da função social⁴, à qual o gozo dos direitos de qualquer natureza está subordinado. A peculiaridade em relação, por exemplo, à patente de invenção ou modelo de utilidade, é a ausência, em regra, de uma análise mais aprofundada de modo que, os requisitos já citados anteriormente são avaliados apenas quando e se surgir um conflito.

A margem aberta, pela falta de exame prévio à concessão do registro, consiste na possibilidade de um título, que outorga um grande poder de exclusão em favor do seu titular venha a ser utilizado como fundamento para notificações extrajudiciais que podem intimidar aqueles que às recebem e, ainda mais grave, ações judiciais que podem também prejudicar aqueles que delas são alvos, ainda que o título em questão tenha sido concedido de forma indevida.

As ações promovidas em um mercado, tendo em vista um título de propriedade industrial, podem, se injustas, levar a situações que vão de encontro com a ordem econômica da constituição, uma vez que existe a possibilidade de que os concorrentes sejam excluídos do mercado em questão.⁵

3 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Nova Lei de Defesa Da Concorrência: Perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. São Paulo: Saraiva. 2015 284p.

4 Para mais informações sobre função social consultar GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

5 BRUNA, Sérgio Varela. **O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.ed.

2 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL: EXERCÍCIO DE DIs NO MERCADO SECUNDÁRIO DA AUTOPEÇAS

2.1 Considerações iniciais

A proteção da concorrência, está localizada na lei que ocupa um tempo e um espaço, isso implica em delimitar, de acordo com esses elementos, que os interesses das políticas públicas de concorrência⁶ também oscilam ao sabor de tais elementos.

Os casos internacionais citados são do sistema europeu de defesa da concorrência, esse sistema é pautado na livre circulação de mercadoria entre os membros⁷, de modo que, a análise terá sempre um condão que busca sopesar entre a liberdade partilhada com os membros para definir suas políticas públicas em relação ao mercado interno⁸, e o objetivo de integração comunitária buscado pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia⁹. Contudo isso não quer dizer que o consumidor não seja tutelado, ele o é, todavia, a forma escolhida é através da tutela da livre circulação de mercadorias e da concorrência entre os países membros.

No sistema Brasileiro, por sua vez:

“O consumidor está no centro do sistema. Não há, assim, proteção por exclusiva que se justifique sem um ganho para o consumidor. Portanto, o foco central está na liberdade de escolha em função da variedade de oferta e da interação entre fornecedores e adquirentes, mediante o expurgo de barreiras à entrada de novos concorrentes. Por tudo isso, a imposição de barreiras à entrada, por qualquer via, é sempre um ponto de preocupação em termos de políticas de concorrência.”¹⁰

Dessa forma, esses casos servem para ilustrar o problema das peças de reposição e a controvérsia gerada pela tutela A busca de encaixar automaticamente

6 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. 79p.

7 TFEU. Art. 101

8 TFEU. Art. 4(2).

9 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção Da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste*, Rio de Janeiro: Forense. 1998. 18p.

10 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais**. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007. 222p.

uma forma de solução estrangeira à um problema localizado na realidade jurídica e social brasileira não deve ser adotada, sob pena de ignorar a observação inicial.

2.2. Volvo vs. Veng

Um pedido foi feito ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ele se pautava no art. 177 do tratado CEE . A apreciação dizia respeito à um processo entre AB Volvo (especificar) e Erik Veng (UK) Ltd.

O problema colocado Frente a autoridade judicial comunitária dizia respeito ao artigo 86 do tratado da CEE. O fato foi desencadeado pela demanda, proposta pela Volvo, em face da Veng na High Court of Justice por violação do modelo industrial nº 968895, do para-lama dianteiro da série 200 da VOLVO, tendo em vista que a VENG os importava de os fabricava, sem a autorização da VOLVO, e os vendia no Reino Unido.

Assim a corte foi consultada sobre (i) possibilidade de posição dominante do detentor modelo industrial em razão de seu registro, de acordo com o (artigo 86 CEE) (ii) se a recusa em licenciamento mediante pagamento de royalties razoáveis constitui abuso de posição dominante (iii) Possibilidade de eventual abuso afetar comercio entre estados membros.

A Decisão da corte foi que (i) a regulação pode ser feita pelas legislações nacionais diante da falta de unificação do tratamento do objeto em questão. (ii) se reconhece a importância do desenho de exclusiva e que a recusa de concessão de licença, sem mais, não significa abuso de posição dominante. (iii) O exercício pode ser considerado proibido se der origem por parte de uma empresa em posição dominante a comportamentos abusivos, e exemplificou citando a fixação de preços das peças sobressalentes garagens independentes, ou fixar os preços dessas de modo não equitativo, desde que esses possam afetar o comércio entre estados membros.

2.3 Renault maxicar

Também submetidas para a apreciação do tribunal nos termos do art 177 da CEE, as questões versam sobre interpretações do tratado CEE, e também envolvem o art. 86, do mesmo tratado, a questão envolve compatibilidade da questão nacional com o tratado.

O Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli e a Maxicar, também integrante do consórcio, propuseram ação de nulidade contra os modelos industriais de peças apartadas das carroçarias de veículos automóveis, em face da Renault.

O órgão jurisdicional da Itália considerou que os modelos diziam respeito à função ornamental e que poderiam ser protegidos, porém seu exercício violaria o tratado, uma vez que a remuneração já é realizada pela proteção do todo. O órgão também entendeu que isso poderia ser uma discriminação arbitrária tendente a criar posição dominante e a violar o tratado em relação aos artigos 36 e 86

O questionamento foi (i) a exclusão de quem fabrica vende ou exporta peças sobressalentes protegidas por modelo ornamental protegido por estado membro violaria os artigos 30 e 36 do tratado (ii) O exercício de direito de modelos industriais bem como a tentativa de obtenção dos mesmos com a finalidade de exercer-lo no mercado de peças sobressalentes para automóveis de fabricação própria, violaria o artigo 86 do tratado da CEE.

A decisão do tribunal reconheceu que (i) As normas de circulação de mercadoria da união europeia não se opõem as normas internas que disciplinam a questão da imposição dos modelos ornamentais tendo por objeto peças sobressalentes (ii) O registro de modelos ornamentais da carroçaria de veículos automóveis não constitui abuso de posição dominante nos termos do artigo 86, todavia, o exercício de do direito de exclusão pode ser proibido por empresa em posição dominante que tenha comportamentos abusivos, tais como recusa

injustificada de venda de peças a oficinas de reparação independente, fixação do preço das peças sobresselentes a um nível iníquo, desde que isso venha a afetar o comércio entre estados membros.

3 DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 O Direito Constitucional

A ideia de estado democrático de direito é relativa à um regime que se funda sobre liberdades, nas quais os indivíduos podem se realizar, e com base na proteção dessas liberdades como lembra BRANCO é que o estado se justifica, uma vez que esse seria guardião e propulsor dessas liberdades e promotor da igualdade enquanto instrumento de prevenção para impedir que elas venham a se tornar apenas formais.¹¹ Para além disso, a busca pela preservação de direitos fundamentais é intrínseca ao próprio estado democrático de direito.¹²

A relação de tais direitos é diretamente relacionada a interpretação constitucional do que se entende por dignidade da pessoa humana, nesse sentido está relacionada aos valores de uma sociedade justa, solidária, pautada no valor do trabalho e redução de desigualdades por exemplo, ou seja, se relacionam aos direitos sociais¹³

3.1.1 Direitos Fundamentais

Alguns direitos fundamentais necessários a essa reflexão devem ser analisados quanto aos institutos aos quais se relacionam, sua finalidade bem como a necessidade de sua limitação. (i) Igualdade, prevista no *caput* do artigo 5º da constituição da República Federativa do Brasil, diz respeito a tutela da igualdade de condições também entre nacionais e estrangeiros, convém, no entanto, ressaltar que essa, por sua vez, não é absoluta, uma vez que pode sim haver distinção entre brasileiros

11 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 263p.

12 Id. Ibid. 453p.

13 Id. Ibid. 129p.

estrangeiros não residentes¹⁴. Isso é relevante ao tratar de questões econômicas na hora de refletir sobre a esfera jurídica de multinacionais no país. Pare efeitos da propriedade intelectual por exemplo, tem-se que, a proteção não se aplicaria a estrangeiros não residentes, e deve ser exercida de acordo com os interesses nacionais¹⁵.

(ii) Propriedade intelectual: também tem tutela constitucional, está presente no Art. 5º, XXIX, CRFB, o inciso não apenas prevê a proteção, ele a direciona para 3 finalidades a) Atender aos Interesses Sociais do País b) Favorecer o Desenvolvimento Tecnológico c) Favorecer o desenvolvimento econômico.¹⁶

(iii) Segurança jurídica, essa, no artigo 5º, se manifesta por meio da proteção ao direito adquirido, nos termos do inciso XXXVI, no entanto ela transborda a previsão do inciso e se estabelece também enquanto princípio norteador da administração pública evitando decisões arbitrárias,¹⁷ tal princípio tem, assim, relação com a proteção da confiança como aponta MENDES.¹⁸

(iv) A inafastabilidade do poder judiciário é garantida no Art. 5º XXXIV, a) e XXXV diz respeito ao direito do cidadão em invocar a autoridade judicial para obter uma resposta da mesma em relação à uma demanda.

3.1.2 Ordem econômica

A noção de ordem econômica passa a fazer parte da linguagem jurídica a partir da primeira metade do sec. XX. ¹⁹ Nesse sentido, Tavares, chama a atenção ao fato da constituição alemã de 1919 ser a primeira a se ocupar da justiça e do social²⁰ Essa, se faz presente na constituição, em seu artigo 170:

14 Id. Ibid. 173p.

15 BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade Intelectual – Tomo I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.118-119.

16 Idem

17 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. 850p.

18 Id. Ibid. 859p.

19 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. 48p.

*“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;
IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte”.*

Ao tratar do assunto, é preciso lembrar que se está diante de um enunciado normativo, assim, de modo que as normas devem ser entendidas na perspectiva de um dever ser²¹. Na verdade, se está diante de uma ordem jurídico econômica, tal ordem se volta para a disciplina dessas relações econômicas.²² O que impõe um desafio aos juízes, uma vez que análises econômicas, muitas vezes complexas são demandadas, tanto para intervir quanto para não intervir.²³

Em relação ao movimento pode-se perceber que existe uma transformação na qual o direito não mais harmoniza conflitos, mas se presta a implementar também políticas públicas.²⁴

A ordem econômica apresentada introduzida pelo art. 170 consiste na verdade um desdobramento do art. 3º da mesma constituição, de modo que é justo dizer, como afirma Paula Forgioni que “A constituição do Brasil, em seu todo, persegue

20 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método. 2003. 93p.

21 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. 51p.

22 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método. 2003. 86p.

23 SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. 25p.

24 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. 1p.

objetivos mais amplos e maiores do que, singelamente, o do livre mercado”²⁵. Os valores aos quais a autora faz referência são aqueles mesmos apresentados nos incisos do art. 170, que assim, se mostram muito além do livre mercado.

3.2 A Propriedade Intelectual

No ordenamento jurídico brasileiro a propriedade intelectual tem característica de direito fundamental e aparece no art. 5º XXIX da constituição federal.

Ao tratar do que constitui a propriedade intelectual, campo que engloba a propriedade industrial, o direito de autor e outros direitos sobre bens imateriais²⁶ nos é cara a obra de Denis Borges Barbosa que analisa a definição da OMPI, tal definição, tem um caráter de adjetivação, ou seja, a convenção não estabelece um substrato comum do que vem a ser a propriedade intelectual, apenas diz se tratar de uma série de direitos que ela enumera²⁷.

A relevância dessa definição é esclarecedora ao demonstrar que apesar de se tratar um direito bastante internacionalizado inexistente, segundo o autor, esse “persiste sendo apenas um campo de prática profissional e o objeto de instituições administrativas nacionais”²⁸.

A dificuldade em estabelecer o substrato comum à propriedade intelectual decorre do próprio processo de disputa na formação de seu conceito, que apesar de denso, foi formado com base em grandes debates e um amplo processo de consolidação de standards de jurisprudências sobre o tema.²⁹

A título de contextualização histórica, a relação entre direito e criações esteve ligado de forma íntima com a noção de controle sobre a circulação das ideias, por

25 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. 193p.

26 BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade Intelectual – Tomo I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 7p.

27 Id. Ibid. 8p.

28 Idem.

29. Hesse, Carla. **The Rise of intellectual property 700 BC – A.D. 2000: An Idea of balance**. Daedalus Spring 2002. 26p

exemplo, a china na dinastia Tang (A. C. 618-907) já possuía um regime legal que proibia a ampla distribuição de literatura como forma de proteger prerrogativas do imperador, e os governos na dinastia Sung (970 ac) também já possuíam imprensa oficial nas grandes cidades.³⁰

Ainda que esses se tratassem mais de privilégios do que de direito absoluto, servem para ilustrar os desdobramentos políticos do tratamento jurídico de tais institutos.

A Europa também enfrentou a questão da censura e do monopólio sobre a imprensa em resposta a nova tecnologia de impressão, que suscitou intenso debate sobre a questão dos privilégios.³¹

No entanto, o debate de maior repercussão no ocidente, esse se deu em relação ao tratamento jurídico dado a propriedade intelectual, mais especificamente direito de autor, e a sua fundamentação e ocorreu no sec. XVIII na Europa, onde a demanda social por livros exercia grande pressão sobre o sistema de publicação dos mesmos³². Ao tratar do período em questão Immanuel Kant chega a definir que a leitura, de modo incessante, teria se tornado praticamente um requisito para a vida.³³

Os autores frente a essa demanda entendiam que por ter originado os livros a partir de seus trabalhos teriam propriedade sobre os mesmos, um grande nome a propugnar por essa tese em 1710 foi Daniel Defoe que define o livro como propriedade do autor diante dos sistemas de privilégio e da crescente demanda por livro, ganham força as publicações piratas que se apresentam como campeãs do interesse público³⁴.

Entre diversos debates sobre a fundamentação e o tratamento jurídico de tais direitos, temos dois grandes nomes, Locke e Cordocet. O primeiro deu impulso a teoria subjetivista que defendia a propriedade perpétua das ideias enquanto direitos naturais, o que fazia com que o reconhecimento legal fosse apenas a confirmação de

30 Id. ibid. 29p.

31 Id. ibid. 30p.

32 Id. ibid. 31p.

33 Id. ibid. 31p.

34 Id. ibid. 32p.

um direito. O segundo, por sua vez, desenvolve a teoria do utilitarismo social, que defende o interesse público como o objetivo da lei.³⁵

Além da posição em relação ao direito dos autores, do debate em questão, ainda faziam parte as “Stationers’ Company” que reuniam os detentores dos direitos de imprimir certas obras, em caráter de exclusividade nas suas respectivas editoras. Esses alegavam que seus privilégios deveriam ser respeitados da forma que foram concedidos.³⁶

A questão sobre os titulares dos direitos foi decidida pelo parlamento inglês em 1710, na decisão é possível notar que o direito exclusivo de publicação foi atribuído aos autores, inclusive o que levou a extinção dos monopólios exercidos pelas editoras que possuíam os privilégios de publicação, no entanto, uma limitação temporal foi estabelecida ao direito do autor, essa limitação era de 14 anos podendo ser prorrogada por igual período, após o qual acabaria por cair em domínio público³⁷.

É perceptível que a decisão busca balancear a proteção do direito conferida ao autor, com o interesse público de acesso à cultura.

O “Anne statute” aprovado pelo parlamento inglês foi importante, mas não chegou a pacificar a questão, visto que decisões judiciais seguintes decidiram afastar a limitação estabelecida pelo estatuto, e outras decidiram reconhecê-la.³⁸

O exemplo histórico demonstra como a questão da propriedade intelectual dá espaço a uma ampla gama de debates de modo que qualquer tentativa de tomar os institutos como certos e imutáveis está fadada ao erro.

Outra evidência trazida pelo relato histórico é a consolidação de tais direitos de maneira atrelada ao interesse social, que dependendo do contexto pode tender mais a questão individual ou mais ao viés social.

35 Hesse, Carla. **The Rise of intellectual property 700 BC – A.D. 2000: An Idea of balance.** Daedalus Spring 2002. 36p

36 Id. Ibid. 37p.

37 Idem.

38 Idem.

3.2.1 O Direito de desenho industrial

São caras as lições do ilustre autor João da Gama Cerqueira, ao tratar de desenhos e modelos industriais³⁹. O autor destaca a importância principal da proteção, que se volta para a forma ornamental ou conjunto de linhas e cores. A proteção pretendida é a proteção da estética do objeto protegido. As considerações de João da Gama Cerqueira nesse sentido continuam atuais, uma vez que o art. 95 da LPI resgata a ideia de tal proteção.

O jurista Denis borges Barbosa também faz remissão ao que é tratado lembrando que tais desenhos eram considerados modalidade literal de patente, porém a alteração de regime cria uma condição peculiar na qual a ausência de exame prévio passa a outorgar, de forma simultânea ao registro, o direito a quem vem a registrá-lo.⁴⁰

3.2.2 Função

Quanto ao exercício desses direitos, é preciso lembrar que se inserem, no bojo dos institutos de propriedade intelectual, de modo que devem também estar alinhados as suas finalidades. A Propriedade intelectual, por sua vez, busca promover o desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como promover interesses sociais, ao proteger as criações intelectuais e tecnológicas restringindo a concorrência, por meio da concessão de um direito de exclusividade⁴¹ sobre uma criação que atenda aos requisitos estabelecidos pela lei 9279/96

No ordenamento jurídico Brasileiro, a propriedade intelectual se destaca de maneira notável visto o seu reconhecimento expresso no texto da constituição da república federativa do Brasil de 1988. Sua disposição surge logo no artigo 5º, que

39 CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da propriedade Industrial**, Vol. I, 3. ed.: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012. 218p.

40 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003. p. 574.

41 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2º ed. Lumen Juris: 2003. pg. 93

trata de direitos fundamentais, ou seja, dentro de uma categoria que vem cuidar daquilo que é mais sensível aos constituintes e conseqüentemente ao país.

Em relação à sua posição no texto constitucional existe divergência na doutrina quanto à adequação do instituto ao rol de direitos fundamentais, parte da doutrina se posiciona no sentido de que a propriedade intelectual não deveria fazer parte de tal rol, outra parte se posiciona no sentido de que a posição é correta⁴²

No entanto, mesmo que prospere o entendimento de que a propriedade intelectual faz parte dos direitos fundamentais, é certo que a mesma não escapa da finalidade que deve exercer, ou seja, à ideia de uso social⁴³.

Tanto que a mesma pode ser notada no artigo citado, uma vez que a proteção vem imediatamente acompanhada do interesse social que sustenta a proteção conferida pela lei ao instituto.

É rica, do ponto de vista hermenêutico, a observação de que a propriedade intelectual não serve apenas para sustentar decisões judiciais, mas para informar, ainda, os interesses sociais tutelados por seus institutos, como conclui João Assafim ao apontar para objetivo de bem-estar do consumidor e da coletividade. E nesse sentido, deve ser utilizada para incrementar a concorrência dinâmica e buscar um efeito pró-empresendedor⁴⁴

3.2.3 Atribuição

Conforme lembrado, os DIs se constituem enquanto modalidade literal de patente, de modo que se aplica também o requisito de novidade⁴⁵, no entanto, a

42 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2º ed. Lumen Juris: 2003. 93p.

43 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2º ed. Lumen Juris: 2003. 92p.

44 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007, 201p.

45 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2º ed. Lumen Juris: 2003. 577p.

análise pode vir a ser distinta em relação à atividade inventiva, uma vez que, ao se tratar de design, mudanças muito sutis podem implicar em diferenças fundamentais.

Quanto ao requisito negativo em relação aos DIs podemos destacar dentro do corte epistemológico do presente trabalho a impossibilidade de registro daquilo que constitui forma necessária comum ou vulgar nos termos do art. 100, II da LPÍ

3.3 Direito da Concorrência

O estado, como já foi dito na sessão da ordem econômica, passa efetivar políticas públicas por meio de sua atuação, o antitruste é uma dessas faces da qual o estado lança mão para exercer tal tarefa⁴⁶.

Assim o Estado se encontra vinculado juridicamente às necessidades socioeconômicas tendo que constituir uma ordem na qual exista também liberdade para os agentes, no entanto sopesando os interesses tutelados por essa ordem⁴⁷, conforme indicados no tópico “ordem econômica” desse trabalho.

Esse movimento é chamado de “técnicas de direção sobre o mercado”, o estado se vale dele para implementar uma política pública das mais variadas formas⁴⁸

3.3.1 Artigo 36 Inciso II

O inciso dois do artigo 36 da lei 12.529 faz referência a dominação de mercado, no entanto essa dominação passa pelo crivo do mesmo art. 36 § 1º. De modo que da interpretação de ambas, tem-se que um concorrente pode alcançar a

46 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. 81 p.

47 SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. 123p.

48 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. 79p.

posição dominante ou pode busca-la apenas em decorrência de sua aptidão no mercado.⁴⁹

A regra do artigo 36, II e 36§1º da lei 12529/11 equivale à art. 20, inciso, II e art. 21, inciso V, da Lei nº 8.884/94, vigente à época. A conduta ilícita seria obter domínio de mercado, que em uma leitura combinada com o *caput* do artigo 36 implicaria até mesmo no intento de obtenção do domínio de mercado, ainda que esse não fosse alcançado, uma vez que o termo utilizado é “tenham por objeto, ou possam produzir”.

Dominar o mercado, no entanto, pode ser fruto de um processo natural, quando esse for o caso, ou seja, quando a empresa mais capacitada supera os concorrentes⁵⁰, sem incorrer em ilicitudes durante o processo, não estaríamos diante da proibição ao domínio de mercado nos termos do art. 36, II, sua aplicação, nesse caso, seria afastada pela disposição do artigo 36 § único da lei 12.529/11

3.3.2 Artigo 36, Inciso XIX

A proteção conferida pelos direitos de propriedade intelectual diz respeito a seu objeto, não ao abuso do título⁵¹, assim, o controle sobre o exercício pode ser feito, o art. 36 traz expressa vedação ao abuso de propriedade intelectual consubstanciado no inciso XIX

O instrumento de controle do qual a autoridade dispõe é a possibilidade de aplicar todas as sanções previstas na Lei, exceto as licenças compulsórias⁵²

49Id. *ibid.* 22p.

50Id. *ibid.* 144p.

51Id. *ibid.* 339p.

52Id. *ibid.* 339p.

Assim se conclui que os direitos de propriedade industrial, também pela lei 12.529/11, só podem ser exercidos “nos limites de sua função econômica e social, como instrumentos concorrenciais, sob pena de configurar infração à ordem econômica”⁵³

3.4 Abuso de direito e Boa Fé

O abuso de direito, se apresenta enquanto uma função limite, sua atuação busca inserir uma conduta ético jurídica e limites sociais, ao exercício do direito⁵⁴ esse constitui uma norma genérica, de modo que o legislador enfrentaria dificuldades caso tentasse definir todas as situações que poderiam ser classificadas como abuso.⁵⁵

A boa fé, por sua vez, busca trazer conforto e fluidez às relações através da proteção da expectativa de comportamento, que pode implicar na redução de custos de transação bem como na estabilidade no tráfego das relações sociais.⁵⁶ A boa fé é analisada no caso concreto, cuja a indagação deve ter por objeto a descoberta do que é confiável e leal, isso deve ser valorado de acordo com as condições sociais bem como nos usos e concepções “cristalizados no tráfego jurídico”⁵⁷.

Com o abuso de direito, o mesmo deverá ocorrer, deverá ser observado no caso concreto se a conduta está de acordo com os parâmetros estabelecidos pela lei, ou seja, boa fé, bons costumes, fins econômicos e sociais da norma.⁵⁸

A figura do abuso tem relação direta com um exercício revestido de legalidade, um exemplo citado por VENOSA é o caso concreto onde um proprietário protege sua

53Id. ibid. 340p.

54 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4.** 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 165p.

55 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: vol.1 Parte Geral.** 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 563p.

56 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4.** 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 162p.

57 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4.** 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 163p.

58 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: vol.1 Parte Geral.** 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 563p.

propriedade com uma cerca elétrica, porém a alta voltagem leva uma criança à morte⁵⁹, é explícita a desproporção entre a proteção necessária e a violação da segurança, assim o exercício pode ser considerado abusivo.

3.4.1 A objetividade do Art. 187

O abuso de direito, tem por consequência a constituição de um ato ilícito, o silogismo se impõe por força do próprio art. 187 do CC. De modo que, a caracterização do ato em questão independe de culpa, nesse ponto reside a teoria objetiva finalista.⁶⁰

O instituto estaria contraposto ao art. 186, no qual estaria presente a noção de culpa ou dolo de modo a gerar prejuízo a alguém⁶¹. Tal distinção é necessária à configuração do instituto de forma adequada, caso não fosse feita poderia implicar em desnecessária confusão a responsabilidade civil gerada pelo art.186⁶². Dessa forma, estamos diante da imposição legal, formando assim uma categoria de ato ilícito autônomo em relação ao ato ilícito subjetivo que por sua vez é embasado na culpa⁶³.

O abuso por sua vez se constitui por uma violação da função ou finalidade do direito, tem-se que alguém, durante o exercício de um direito, que pode estar inclusive em consonância com os limites temporais e materiais do mesmo, se desvia da finalidade desse direito e assim atenta contra sua legitimidade, valoração de modo que fica exposto o conflito do interesse concreto e o interesse abstrato da norma.⁶⁴

59 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: vol.1 Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 565p.

60 FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4. 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 178p.

61 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 549p

62 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006 566p.

63 FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4. 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 179p.

64 FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4. 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014 179p.

3.4.2 Um princípio de aplicação ampla

O abuso de direito, apesar de ser estudado frequentemente no âmbito das relações contratuais ou da responsabilidade civil se localiza, como lembra o autor VENOSA, está inserido na Teoria Geral do Direito⁶⁵.

Quanto às relações nas quais se configura o abuso, o mesmo autor recorda esse que não se limita ao direito civil e nem sequer apenas às relações privadas, mas também às relações com o Estado. Quanto ao âmbito do exercício abusivo ele pode ocorrer dentro de qualquer esfera⁶⁶, assim, de acordo com os argumentos construídos pelo autor a proibição do abuso parece ser um *clausula* que se impõe enquanto requisito sobre o exercício de qualquer direito independente da esfera jurídica na qual se encontre.

A elasticidade da aplicação dessa limitação pode ser evidenciada por dois exemplos, o primeiro é através dos deveres de conduta, que vão além da ideia da contratualidade⁶⁷ esses dizem respeito a condutas esperadas ainda que não previstas em contrato. O segundo exemplo é a proteção das negociações preliminares, a relação jurídica contratual ainda não está constituída, mas o imperativo da boa-fé está presente.

A necessidade dessa elasticidade ocorre, como já foi exposto inicialmente, pela impossibilidade de o legislador prever as condutas capazes de violar à boa fé e o abuso de direito em abstrato.⁶⁸

3.4.3 A Noção de abuso em propriedade intelectual

65 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006 563p.

66 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 561p.

67 FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4. 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 168p.

68 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 563p.

Os abusos nos direitos de propriedade intelectual podem ocorrer pelo exercício além do tempo ou escopo de proteção, no entanto, eles ocorrem também na criação de uma posição dominante sem justificativa socioeconômica com o fim de monopolizar⁶⁹. Esses direitos estão sujeitos à controle, conforme exposto a proibição ao abuso de direito se estende durante o ordenamento, assim “deve se afastar qualquer ideia de que se exista direito absoluto”⁷⁰

Sobre o último aspecto, a interação com a definição de que o abuso consiste em violar a finalidade do direito mediante seu exercício é salutar no sentido de indicar o caráter de aparência legal do direito, esse caráter é abrangido pelo abuso, considerando-se a incidência quando se preenche a morfologia, mas se viola o axioma da norma.⁷¹

Conforme introduzido, os direitos de propriedade industrial buscam fomentar a concorrência dinâmica através da superação⁷², essa concorrência geraria um efeito pró-empresendedor que estimula o crescimento econômico.⁷³ Quando o exercício resulta em desvio da função ou destino econômico do direito, estamos diante de uma situação de abuso⁷⁴, pois “o direito não pode se afastar da finalidade para a qual foi criado”⁷⁵.

69 ASSAFIM, João Marcelo de Lima.. **A Nova Lei de Defesa Da Concorrência: Perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2015 p. 285-286

70 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 562.

71 FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4. 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 179p.

72 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Nova Lei de Defesa Da Concorrência: Perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2015. p.284

73 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais**. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007. 198p

74 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: direito dos contratos, vol 4. 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014. 182.

75 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. 562p.

3.5 “Caso Orgus”

A Orgus, propôs ação de nulidade de registros de desenho industrial em face da Ford, a ação pedia a nulidade de 47 registros ao todo, e foi proposta na 25ª Vara Federal do Rio de Janeiro, o argumento que fundamentava a questão era a característica de que as peças de reposição não seriam um objeto que atende a uma forma necessária para atender uma finalidade, e assim não poderia ser concedido. A questão da monopolização do mercado também foi considerada na decisão e foi reconhecido que isso implicaria em prejuízos aos consumidores e concorrentes.

Em sede de agravo, o TRF da segunda região se manifestou, e entendeu que não haveria nulidade dos registros uma vez que essas peças podem variar entre veículos, que por sua vez possuem desenhos diferentes e precisam de proteção, durante o julgamento a questão da competência do CADE, como órgão com melhor capacidade de avaliar os efeitos econômicos foi suscitada. Além disso, o voto houve voto dissidente que entendeu pela nulidade do registro e também apontou para os problemas concorrenciais que poderiam vir a ser causados em caso de manutenção dos mesmos.

4 CONTORNOS CONCORRENCIAIS DO EXERCÍCIO DE DIREITO DE DESENHO INDUSTRIAL NO MERCADO DE AUTOPEÇAS: O CASO ANFAPE.

4.1 Considerações iniciais

A relação entre os direitos de propriedade intelectual e o direito da concorrência tem sido controversa e ocupado espaço de grande debate na doutrina, todavia, as decisões da autoridade administrativa são escassas nesse sentido, e quando existem, a mudança de composição dos órgãos e dos critérios adotados para avaliar os fatos podem ser fatores tendentes a criar um ambiente de insegurança jurídica para a sociedade.

Os direitos de propriedade intelectual costumam ter grande valor dado o seu potencial de geração de escassez⁷⁶, assim a exclusão costuma ser uma característica notável desse direito a vertente de uso negativo⁷⁷, ou seja, o poder de exclusão.

No entanto, tal direito pode ser utilizado de forma abusiva criando barreiras à entrada de modo a eliminar concorrentes e criar restrições tal como barreiras de entrada injustificadas, que por sua vez tendem a criar um ambiente pouco favorável ao empreendedor e constituem desvios de função.⁷⁸

É difícil afirmar questões relativas a convivência entre ambos institutos, seria plausível, diante de tal ambiente questionar até mesmo se existe imunidade de fato conferida pelos direitos de propriedade intelectual, ou ainda, caso exista abuso questionar as distinções entre as modalidades, como por exemplo a figura do “*sham-litigation*”. Nesse universo de perguntas o caso Anfape é mais um ponto de luz que talvez possa levar a compreender essas questões colocadas ou ainda talvez colocar outros questionamentos.

4.2 O Caso Anfape

O processo administrativo nº 08012.002673/2007-51 ficou conhecido como caso Anfape e se trata de uma investigação que tem por objeto o abuso de direito de desenho industrial, que se manifestaria em ações judiciais e extrajudiciais com

76 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Nova Lei de Defesa Da Concorrência: Perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. São Paulo: Saraiva. 2015. 284p

77 Sobre as vertentes dos direitos de propriedade industrial, consultar: ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais**. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007.

78 ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Nova Lei de Defesa Da Concorrência: Perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. São Paulo: Saraiva. 2015p. 248-249.

finalidade de excluir concorrentes através do exercício do direito de DI sobre peças de reposição.

O mercado em relação ao setor automotivo pode ser dividido entre primário, aquele que se destina a venda de veículos e secundário, que por sua vez se destina a venda de peças de reposição para esses veículos.

O processo se iniciou por uma representação da Anfape em face das representadas Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda Fiat Automóveis S.A e Ford Motor Company Brasil Ltda., proposta em 04 de abril de 2007, tendo sido instaurado no dia 28 de abril de 2011, os últimos votos foram dados no presente ano (2018).

As notificações extrajudiciais de autoria da fiat são apresentadas na seguinte tabela:

Natureza	data de envio	Notificado	Registro de DI das peças objeto da ação	modelo do carro correspondente	autopeça correspondente
Notificação extrajudicial	16/08/2006	Centaurio Indústria e Comércio Ltda	DI 6002128-4	não identificado	não identificado
			DI 6002127-6	não identificado	não identificado
Notificação extrajudicial	16/08/2006	Alvorada Peças e Acessórios Ltda	DI 6002128-4	não identificado	não identificado
			DI 6002127-6	não identificado	não identificado

Imagem 1⁷⁹

As ações de autoria da Volkswagen foram judiciais:

79 RESENDE, João Paulo. PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.002673/2007-51 (SEI/CADE – 0455638) pg1

Natureza	n. do Processo ou Notificação	data de ajuizamento	Réu	Registro de DI das peças objeto da ação	modelo do carro correspondente	autopeça correspondente
Ação judicial cível	0109994-81.2005.8.26.0100	03/10/2005	Kogakoga Cia Ltda., Mercadocar Mercantil de Peças Ltda, Autotrend Peças e Acessórios Ltda	DI 6401072-4*	Fox 2004	configuração aplicada em lanterna traseira
				DI 6401073-2*	Fox 2004	configuração aplicada em lanterna dianteira
				DI 6502499-0*	Saveiro Geração IV	configuração aplicada em lanterna para veículo
				DI 6502498-2*	Gol, Parati e Saveiro Geração IV	configuração aplicada em farol para veículo
				DI 6502488-5*	Gol geração IV	configuração aplicada em lanterna para veículo
				DI 6502500-8*	Parati Geração IV	configuração aplicada em lanterna para veículo
Ação judicial cível	0127645-29.2005.8.26.0100	29/11/2005	Kogakoga Cia Ltda., Mercadocar Mercantil de Peças Ltda, Autotrend Peças e Acessórios Ltda	DI 6401072-4*	Fox 2004	configuração aplicada em lanterna traseira
				DI 6401073-2*	Fox 2004	configuração aplicada em lanterna dianteira
				DI 6502499-0*	Saveiro Geração IV	configuração aplicada em lanterna para veículo
				DI 6502498-2*	Gol, Parati e Saveiro Geração IV	configuração aplicada em farol para veículo
				DI 6502488-5*	Gol geração IV	configuração aplicada em lanterna para veículo
				DI 6502500-8*	Parati Geração IV	configuração aplicada em lanterna para veículo
Ação judicial criminal	224.01.2007.070418-4	06/11/2007	Centaurus Indústria e Comércio Ltda.	DI 6401217-4*	Fox 2004	configuração aplicada em capô
				DI 6603576-7*	Spacefox 2005	configuração aplicada em pára-lama
				DI 6401077-5*	Fox 2004	configuração aplicada em pára-lama
Ação judicial criminal	224.01.2008.038877-8	25/06/2008	Julio Henrique Fonseca e Jane Galetti dos Santos na qualidade de representantes da Centaurus Indústria e Comércio Ltda.	DI 6401217-4*	Fox 2004	configuração aplicada em capô
				DI 6603576-7*	Spacefox 2005	configuração aplicada em pára-lama
				DI 6401077-5*	Fox 2004	configuração aplicada em pára-lama

Imagem 2⁸⁰

Ações da judiciais da Ford:

Natureza	n. do Processo	data de ajuizamento	Réu	Número do Registro de DI das peças objeto da ação	Modelo do carro correspondente ao DI	Autopeça correspondente ao DI
Ação judicial cível	2003.077.573-6	01/07/2003	RCD Autopartes e vidros Ltda e outras	DI 6103285-9	Fiesta BV 256	calota de roda de automóvel com 12 orifícios
				DI 6103286-7*	Fiesta BV 256	calota de roda de automóvel com 5 raios
Ação judicial cível	2003.154664-1	05/12/2003	Big-Rodas Indústria e Comércio Ltda. E Big-Boys Comércio de Peças para Autos Ltda.	DI 6103233-6	Fiesta BV 256	roda de automóvel com 5 raios
				DI 6202722-0*	Ecosport	configuração aplicada a calota central para roda de automóvel
Ação judicial cível	2006.214.486-1	16/10/2006	Callmax Plásticos e Derivados Ltda e Auto Trend Peças e Acessórios Ltda.	DI 6103286-7*	Fiesta BV 256	calota de roda de automóvel com 5 raios
Ação judicial cível	2007.175906-0	01/06/2007	Zeene Distribuidora de Peças Ltda. EDPFAutopeças Ltda.	DI 6200348-8*	Fiesta BV 256	configuração aplicada a para-choque dianteiro de automóvel
				DI 6202799-9*	Ecosport	configuração aplicada a para-choque dianteiro de automóvel
Ação judicial cível	2003.154663-3	05/12/2003	Vaska Indústria e Comércio de Metais Ltda. E Rodas Mil Distribuidora Ltda	DI 6202721-2	Ecosport	configuração aplicada a roda de automóvel
				DI 6202722-0*	Ecosport	configuração aplicada a calota central para roda de automóvel
Ação judicial cível	2005.044872-2	02/05/2005	Orgus Indústria e Comércio Ltda e outro	DI 6103234-4	Fiesta BV 256	faróis dianteiros de automóvel
				DI 6200349-6	Fiesta BV 256	configuração ornamental aplicada a conjunto de farol de milha e lente
				DI 6202800-6	não identificado	não identificado
Ação judicial cível	0100840-34.2008.8.26.0100	07/01/2008	Universal Automotivo Systems S/A, Unievrsl Indústria Metalúrgica Ltda e Visconde Comércio e Distribuição de Auto Peças	DI 6202645-3	Ecosport	configuração aplicada a maçanetas de automóvel
				DI 6103605-6	Fiesta BV 256	maçaneta de automóvel
Ação judicial cível	0224656-53.2008.8.26.0100	24/11/2008	Autimex Comércio, Importação e Exportação Ltda e Plastiran Indústria e Comércio Ltda.	DI 6200348-8*	Fiesta BV 256	configuração aplicada a para-choque dianteiro de automóvel
				DI 6202799-9*	Ecosport	configuração aplicada a para-choque dianteiro de automóvel
Ação judicial cível	0212841-59.2008.8.26.0100	28/10/2008	Carmix Indústria, Comércio e Importação de Autopeças e L. Huber Equipamentos Automotivos Ltda	DI 6602708-0	My Fiesta 2007	configuração aplicada em calota de automóvel
				DI 6703280-0	não identificado	não identificado

Imagem 3⁸¹

80 RESENDE, João Paulo. PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.002673/2007-51 (SEI/CADE – 0455638) pg1

81 RESENDE, João Paulo. PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.002673/2007-51 (SEI/CADE – 0455638) pg1

É válido ressaltar que algumas dessas ações bem como a defesa das representadas perante o CADE levantou questões marcarias e relativas à segurança das peças de reposição não autorizadas, no entanto, esse não foi o escopo do processo, que se limitou a julgar apenas a oposição dos DIs.

Na maior parte das ações, o poder judiciário entendeu que as Fiaps violavam direito de desenho industrial, no entanto, o TRF-2 justiça especializada, manifestou dois entendimentos que abordam a competência do CADE e as questões concorrenciais, no primeiro deles afirma que quem possui melhor capacidade de avaliar os efeitos e desvios é o CADE, em virtude das funções institucionais do órgão, o outro entendimento é que a Ford violou as funções para as quais os DIs são concedidos

4.3 Pareceres institucionais

Como já afirmado, se trata de um processo antigo, de modo que em 04/04/2007, foi instaurada averiguação preliminar por parte da extinta Secretaria de Direito Econômico em março de 2008, no entanto a SDE produziu parecer favorável ao arquivamento do processo, tal documento entendeu que não há licenciamento compulsório em registro de desenho industrial, bem como reconheceu a propriedade intelectual como benéfica à inovação, por fim concluiu-se ainda, à época, que o exercício de direito era regular⁸² Nesse mesmo sentido, em junho de 2009 a ProCade também sugeriu o arquivamento da averiguação preliminar.

Mesmo com a fase anterior de entendimento desfavorável as FIAPs, o Voto do C. Carlos Raggazo foi paradigmático ao determinar a instauração do PA, uma vez que aborda questões como a competência do CADE, que era questionada nas outras decisões, frente aos direitos de propriedade industrial. Outro aspecto é a determinação de que mesmo o exercício de um direito plenamente válido pode ser regulado uma vez que não se questiona a validade do procedimento de registro, todavia, a questão central é o exercício de tal direito. As características de mercado

82 **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** fl 2476. Ofício nº 1525/2008/DPE.

também são levadas em consideração, como os efeitos de lock-in aliado a assimetria de informações.⁸³

A nota técnica emitida pela SG ⁸⁴acompanha muito do que foi determinante e exposto pelo conselheiro Ragazzo para a instauração do processo administrativo em questão, nele, primeiramente, foi reafirmada a questão da competência do CADE diante de questões concorrenciais que tocam direitos de propriedade industrial. O segundo ponto foi o reconhecimento de assimetria de informação e efeito de “*lock in*” gerado no mercado secundário, a nota técnica acabou por recomendar a condenação das representadas com a inclusão de uma pena de não fazer, ou seja, não opor DIs no mercado secundário.

Outro parecer institucional relativo a questão das autopeças é o parecer 06/11/17 nº 0046-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0, nele temos duas conclusões principais, a primeira é não limitação do exercício de DI ao mercado primário, a segunda é que o efeito de “*lock-in*” não é considerado, por si só um abuso quando decorrente do exercício de bem protegido por propriedade industrial. Foi primeira vez que o INPI se manifestou por escrito perante o CADE em questões de concorrência. Nesse parecer entre outras questões são reconhecidas a impossibilidade de análise dos pedidos de registro tendo por base a distinção entre mercado primário e secundário, o parecer informou também sobre a vigência de diversos registros desenhos industriais relativos a autopeças, além disso indicou outros mercados nos quais estão presentes registros de peças de reposição.⁸⁵

4.4 Votos

4.4.1 Voto do Conselheiro Paulo Burnier⁸⁶

83 **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** (SEI 0000502) p. 218-220.

84 **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** (SEI 0209160)

85 Parecer nº 0046-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0

86 Os fundamentos do voto abordado nesse tópico fazem parte do processo administrativo nº 08012.002673/2007-51, e estão inseridos no documento anexo ao voto, chamado "Voto Gab5" (SEI nº 0455672), não se confundem com o Voto do relator que por sua vez diz respeito ao documento (SEI – CADE - 0455664) do mesmo processo.

A fundamentação do mérito do voto do conselheiro relator começa por apontar o monopólio no mercado secundário como o efeito prejudicial principal, outro aspecto abordado pelo mesmo é que o monopólio tem malefícios inerentes, e esses são agravados pelo efeito de “*lock-in*” presente no mercado de autopeças, mercado no qual, para o relator, a concorrência é comprovadamente insuficiente para evitar prejuízos à concorrência.⁸⁷

Essa situação seria corroborada pela assimetria de informação em relação ao consumidor quanto as peças de revisão externas, também conhecidas como “*crash-parts*”, o conselheiro sustenta essa posição com base na economia comportamental que aponta para o otimismo do consumidor em relação à possibilidade de precisar de tais peças.⁸⁸

Outro ponto ressaltado foi a ausência de eficiência por parte das representadas. Em relação ao design o relator considera que a proteção de DIs no mercado secundário não gera inovação uma vez que a peça de reposição deve ser idêntica a original, nesse sentido, para o relator a proteção se volta apenas ao mercado primário, no qual possui relevância para a escolha do consumidor. Além do mais, se trata de um investimento baixo, que seria rapidamente recuperado, o que segundo o conselheiro, é evidenciado pela prática das outras montadoras que não opõe o desenho no mercado secundário.⁸⁹

Quanto ao objetivo de evitar o comportamento dos “*free riders*” o título não faria sentido no mercado secundário, pois para o conselheiro, nesse mercado não existe tal comportamento.⁹⁰

O ponto da segurança é visto como afastado da discussão em relação ao desenho industrial, uma vez esse não possui relação com ela e nem com a qualidade, o desenho para o conselheiro diz respeito apenas à forma plástica ornamental, o conselheiro afirma que não caberia às montadoras excluir concorrentes com base na

87 Da SILVEIRA, Paulo Burnier - **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** Voto GAB5 (SEI nº 0455664). p.81.

88 Id. Ibid. 82p.

89 Idem.

90 Idem.

qualidade, assim, essas não possuem “legitimidade para tutelar direitos difusos do consumidor”, nas palavras do conselheiro.⁹¹

O argumento da confusão, quanto a originalidade das peças, também foi afastado, o relator apontou que evitar que os consumidores se confundam, função de outros meios, tais como medidas relacionadas à proteção marcaria e coibição à concorrência desleal, novamente, uma questão de interesses difusos.⁹²

Em relação a prática de “*cherry-picking*” ou “*cream-skimming*” a obrigação de manter as peças no mercado decorreria, para o conselheiro, do bônus de vender veículos, de modo que não gera demasiado prejuízo às representadas, e seriam inclusive suportadas por prévio relacionamento com o cliente, possibilidade de uso da marca e rede de concessionárias.⁹³

A conduta das representadas ao impor os desenhos industriais no mercado secundário seria a do abuso de posição dominante de acordo com o art. 20 da lei 8884/94, (equivalente ao 36 da lei 12529), o conselheiro afirma ainda que a conduta também pode ser enquadrada no art. 21 da lei 8884/94 incisos IV e V. Outro artigo citado é o 36, §3, XIX da lei 12529/11.⁹⁴

Quanto ao abuso de direito o autor do voto entende que a conduta não se trata de exercício regular de direito como afirma as representadas, pois, ainda que seu direito de exclusão decorra da lei, a existência de um direito é um pressuposto ao tratar de um abuso. O conselheiro entende ainda que o desenho industrial é concedido pelo INPI o CADE não faz juízo dos requisitos de propriedade industrial, e exemplifica citando “forma plástica ornamental” entre outros, todavia caberia ao CADE julgar se existe um abuso no caso concreto.⁹⁵

O artigo 187 é citado pelo conselheiro ao tratar do abuso de direito, o professor Silvio venosa e Silvio rodrigues também são citados para tratar da função objetivo

91 Id. Ibid. p.82-83.

92 Id. Ibid. 83p.

93 Idem

94 Id. Ibid. p. 84-85.

95 Id. Ibid. p. 86-87

finalístico de tais atos uma vez que o código civil prescinde da noção de culpa. Nesse sentido o conselheiro entende que o que o CADE faz é apenas aplicar a lei em vigor.

O conselheiro aborda ainda a impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses de abuso de um direito vis a vis a sua finalidade, daí a necessidade de análise da finalidade social bem como da boa-fé.⁹⁶

Adentrando a questão do fim econômico e social o conselheiro cita a constituição no art. 5º, XXIX bem como o art. 2º da LPI para fundamentar a finalidade social do título de propriedade industrial, a finalidade estaria vinculada ao interesse social e desenvolvimento tecnológico do país, uma vez que o exercício do direito violasse tais prerrogativas estaríamos diante de uma situação de abuso. Para o conselheiro essa previsão se relaciona ainda a função social da propriedade presente no art.5º, XXIII da CRFB. O parecer do Ilustre ex-ministro Eros Grau também é citado no mesmo sentido do argumento.⁹⁷

Ao analisar as funções da propriedade o relator conclui que se respaldam em dois pilares no caso do desenho industrial, incentivar a inovação e impedir o comportamento oportunista. Diante dos dois pilares citados o conselheiro entende que nenhum deles se aplica ao mercado secundário de autopeças, uma vez que as peças do mercado são “must match”, assim, não haveria, diante da “forma necessária”, a possibilidade nem de incentivo à inovação e nem de comportamento oportunista. Novamente o mercado primário é citado como exemplo, uma vez que nele a forma do dessas peças externas são importantes para a tomada de decisão do consumidor e para estimular os concorrentes a inovarem nos “designs” dos automóveis.⁹⁸

O conselheiro ao comparar a situação das autopeças no mercado primário e secundário entende que no mercado primário a forma do desenho industrial não pode ser considerada como “forma necessária”, todavia no mercado secundário sim uma vez que não é possível existir peça de reposição com outro design. O conselheiro cita

96 Id. Ibid.. p. 88-89.

97 Id. Ibid . p.90.

98 Id. Ibid .p.92

ainda a LPI no art. 100 II. E questiona se no mercado secundário, as peças, atenderiam ao requisito da lei.⁹⁹

O ministro conclui que dessa forma, o exercício do direito sobre o DI no mercado secundário de autopeças não se atende a finalidade ou justificativa dos direitos de propriedade industrial. Cita ainda o acórdão do TRF 2¹⁰⁰ que entende da mesma maneira. E assim, conclui pelo abuso de direito.¹⁰¹

O ponto seguinte da análise diz respeito à boa fé da conduta das representadas, em relação a isso o conselheiro elenca uma série de caracterizadores de institutos relacionados à contraposição da má-fé à boa-fé no direito civil, dentre eles o *supressio*, à qual o relator faz referência através do caso *Goldina*¹⁰² na Alemanha, no qual um titular perdeu o direito de exclusividade em razão da inércia em seu exercício.

A conduta, para o ministro se torna abusiva em relação à expectativa de não utilização do direito, assim, no caso, o conselheiro elenca um comportamento contraditório como causa da caracterização da violação da boa-fé objetiva.

Reiterando o argumento, o conselheiro afirma que o mercado de peças de reposição existe a mais de 50 anos no Brasil, sendo essa lógica alterada apenas em 2003 na propositura da ação por parte das três montadoras envolvidas no processo administrativo em tela. O decreto lei 7903/45 é citado para informar que o direito de registrar desenho industrial já existia desde 1945. O relator acrescenta que a conduta omissiva permitiu que um setor inteiro surgisse, o dos fabricantes independentes de autopeças.¹⁰³

99 Id. Ibid .p.93

100 Cf. TRF-2. 2ª Turma Especializada – Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial. Voto condutor do Desembargador André Fontes. Processo 0810091-06.2007.4.02.5101 (2007.51.01.810091-4), julgado em 12.12.2016. Em 30.10.2017.

101 Op. Cit. P.93

102 Cf. XAVIER, José Tadeu Neves **A Aplicação Da Supressio (Verwirkung) No Âmbito Das Relações Privadas** em: Revista brasileira de direito civil- RBDC, Belo Horizonte, Vol. 13. p.69, jul-set. 2017.

103 Da SILVEIRA, Paulo Burnier - **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** Voto GAB5 (SEI nº 0455664). p.97

Isso leva o conselheiro ao ponto da insegurança jurídica que, em sua visão, não se faria presente em caso de condenação uma vez que o mercado secundário de autopeças já existe e funciona sem a oposição de DI a mais de 50 anos. O relator sugere ainda que talvez o que impeça as outras montadoras de exercer a exclusão no mercado secundário seja justamente o cuidado para não violar o princípio da boa-fé.¹⁰⁴

A decisão que autorize essa prática, para o relator, levaria a “efeitos nefastos” sobre o mercado de peças de reposição, e poderia incentivar o uso dessa prática, definida pelo mesmo como incremento de custos de rivais ou exclusão.¹⁰⁵

O relator entende não haver crime na conduta das representantes, para tanto, começa por introduzir o conceito de crime como fato típico, antijurídico e culpável, não bastando a adequação ao tipo penal para que o crime exista, assim, define que ainda que uma conduta seja compatível com um tipo penal, a mesma não será considerada criminosa, uma vez que no caso concreto constitui abuso de direito. Assim, de acordo com o conselheiro, a conduta das representantes seria equivalente ao exercício regular de direito nos termos do art.23 do código penal.¹⁰⁶

O Conselheiro afirma nas considerações finais do voto que acompanha a visão do MPF de que a ilicitude concorrencial pode ocorrer independente da discussão de exercício regular ou abusivo de direito. E afirma ainda que as ações judiciais, mesmo não sendo consideradas “*sham litigation*” devem ser encaradas como prova do efetivo exercício do direito de exclusão atinente aos DIs no mercado secundário de autopeças. E conclui afirmando que existe uma prática de dominação econômica com fechamento de mercado, o que seria possível apenas com exercício do poder de mercado de acordo com precedente do CADE sobre a matéria.¹⁰⁷

O conselheiro aponta ainda para a necessidade de alterações legislativas como forma de trazer mais segurança jurídica ao mercado, inclusive de proteger novos

104 Id. Ibid .p. 98.

105 Id. Ibid .p. 99.

106 Id. Ibid .p.101.

107 Id. Ibid.. p. 103.

entrantes, diminuindo o risco e as barreiras à entrada, com a eliminação da ameaça de processos judiciais por exemplo.¹⁰⁸

4.4.2 Voto do conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia¹⁰⁹

O conselheiro começa seu voto por destacar a complementariedade dos temas de propriedade intelectual e antitruste, em seguida, faz referência a colaboração do INPI por meio de parecer, ao qual confere caráter semelhante aos demais pareceres incluindo e equiparando ao parecer do MPF inclusive.¹¹⁰ O conselheiro afirma ainda que o parecer foi esclarecedor em que pese não ter sido determinante.¹¹¹

Em seguida o autor do voto faz menção à ordem econômica prevista no art. 170 da constituição da república federativa do Brasil, menciona ainda a impressão de incompatibilidade entre os microssistemas de antitruste e da propriedade industrial e reconhece na proteção da propriedade intelectual uma possível colisão com o direito do consumidor e o direito da concorrência. Todavia o mesmo entende que esse antagonismo não prospera, pois, os objetivos perseguidos são semelhantes.¹¹²

Esses direitos são previstos na constituição, mas, de acordo com o autor, o seu contorno é dado pelo legislador ordinário, e que isso não implica em necessária desarmonia, na verdade são direitos passíveis de harmonização para o conselheiro.¹¹³

O conselheiro entende ainda que o legislador operou uma relação de trade-off entre os valores da concorrência e da propriedade industrial, e que ao fazer tal operação o legislador teria calculado as perdas e ganhos de cada decisão, o parecer do professor Joshua D Wright é citado como subsídio da ideia.¹¹⁴

108 Id. Ibid .p. 116.

109 MAIA, Maurício Oscar Bandeira. **Processo Administrativo 08012.002673/2007-51** (SEI/CADE - 0455442 – Voto)

110 Id. Ibid. p.2.

111 Id. Ibid. p.3.

112 Id. Ibid. p.3.

113 Id. Ibid. p.6.

114 Id. Ibid .p.7.

O conselheiro analisa ainda que ao caso se aplica a lei anterior, e que apesar da inexistência do art. 36, XIX da atual lei de concorrência na lei antiga, a lei 8884/94 possui também hipóteses que dão margem à atuação da autoridade antitruste.¹¹⁵

Ao analisar os mecanismos de combate de abusos dos direitos de propriedade industrial, o conselheiro entende que a própria lei de propriedade industrial já os fornece por meio do processo administrativo de nulidade presente no art. 113 e por meio da ação de nulidade presente no art. 118 da mesma lei.¹¹⁶

O conselheiro entende que a questão principal do processo em tela é saber se o registro de desenho industrial pode ser oponível em relação a todas as pessoas ou se essa oposição deve sofrer alguma mitigação tendo em vista a consideração de mercados primários e secundários.¹¹⁷

A lei Ferrari e a LPI são citadas pelo conselheiro como as leis responsáveis por reger o mercado de autopeças, assim o papel do CADE para ele seria o intervir apenas nos casos de abuso concorrencial no exercício dos direitos de propriedade industrial. O conselheiro entende que não existe nos autos nenhuma prova que evidencie algo além do exercício regular de direito.¹¹⁸

Ponderar entre os custos sociais da propriedade industrial, para o conselheiro, está fora da competência do CADE, sendo incumbido ao legislativo, de modo que uma atuação do CADE deve observar o equilíbrio entre os órgãos da república sob pena de constituir um precedente perigoso.¹¹⁹

Em relação à análise de mercado existe consonância entre a definição feita pelo relator, de que cada peça constitui por si só um mercado relevante, assim, a regra da razão deveria ser aplicada para avaliar as eficiências e prejuízos ao bem-estar do consumidor.¹²⁰

115 Id. Ibid .p.7.

116 Id. Ibid .p.7.

117 Id. Ibid .p.8

118 Id. Ibid .p.8

119 Id. Ibid .p.8.

120 Id. Ibid .p.9.

O conselheiro entende que o processo tem sido julgado não de acordo com a regra da razão, mas com uma análise que trata todas as autopeças como integrantes de um mesmo mercado, e assim não seria possível a individualização da conduta tornando a sanção inviável.¹²¹

Quanto as peças must match o conselheiro entende que algumas delas não se adequariam a tal classificação e cita como exemplo calotas e rodas, e ressalta que o suposto ilícito concorrencial foi definido em razão dos efeitos negativos das condutas, mas que não foi avaliado se as condutas vêm de previsão da lei.¹²²

A lei Ferrari também foi objeto da argumentação do conselheiro uma vez que estabelece obrigações que devem ser cumpridas pelas fabricantes de veículos como por exemplo estabelecer peças de reposição por um tempo mínimo de 10 anos, e que tal lei não deve ser entendida como vantagem às montadoras, mas sim como um conjunto de direitos e obrigações.¹²³

A possibilidade do CADE intervir frente a um direito concedido pelo INPI, ainda que de forma indevida foi ressaltada, a matéria de validade dos registros seria de competência exclusiva do INPI, em relação à função do título, o relator lembrou que a lei não busca que o desenho tenha funcionalidade uma vez que ele não busca a proteção dessa funcionalidade, assim, de acordo com o conselheiro a interpretação do art. 95 da LPI permite o registro de uma parte de um objeto.¹²⁴

Em complemento à ideia, o exemplo do copo do liquidificador é citado como um exemplo que pode ser protegido por DI e como essa proibição não implica necessariamente em um dano ao consumidor. O parecer do INPI é utilizado novamente em defesa da tese. Para o conselheiro, tanto no caso do liquidificador quanto das peças automotivas o consumidor ficaria preso somente ao desejo íntimo de manter ou não a originalidade do seu bem, essa diferença não residiria nem no preço uma vez que calotas e frisos possuem valor de aquisição baixo.¹²⁵

121 Id. Ibid .p.9.

122 Id. Ibid .p.10.

123 Id. Ibid .p.11.

124 Id. Ibid .p.13.

125 Id. Ibid .p.13.

A peça que não pode ser registrada seria, para o conselheiro, somente aquela que integra um objeto de forma indissociável, não podendo ser separada no quando do processo de fabricação sem que isso venha a comprometer a integralidade do objeto, nesse caso só a totalidade do objeto poderia ser registrada. Ainda nesse caso, o CADE, como lembra o conselheiro, não seria a instância apropriada para esse tipo de posicionamento, portanto não caberia ao mesmo fazer qualquer ilação sobre o que não pode ser registrado por se tratar de forma necessária.¹²⁶

Para o conselheiro, a divisão entre mercado secundário e primário é superficial, uma vez que o bem jurídico protegido é o que está em questão, e não o mercado, o direito, para ele, seria oponível a todos, novamente o parecer do INPI é citado, bem como a resolução 82 da ABPI. Para o conselheiro a interpretação da SG e do conselheiro relator criam uma restrição ao art. 42 que não foi intentada pela lei.¹²⁷

Caso o CADE limitasse esses direitos, para o prolator do voto, estar-se-ia diante de uma declaração de constitucionalidade da norma com redução do alcance do texto normativo, o que eu não deveria ser feito pela via restrita do processo administrativo sancionador das condutas contrárias à ordem econômica¹²⁸

Ao analisar o mercado de autopeças o conselheiro conclui que os autos não apresentam uma análise detalhada o bastante para bem classifica-los. Analisando o tópico de must-match, o autor conclui que a roda não se trata de uma peça must-match por exemplo e que seu enquadramento no mercado secundário é inadequado uma vez que existem designer especializado em fabricar rodas com desenhos exclusivos e esses não integram o mercado de “*tunning*”.¹²⁹

Para o conselheiro a atuação do CADE nesse caso poderia levar ao risco da “criação artificial e irrefletida de vantagens e desvantagens comparativas”, para o ele peças que não requerem identidade absoluta para manter a originalidade e o valor intrínseco do automóvel não podem ser classificadas como must match.¹³⁰

126 Id. Ibid .p.14

127 Id. Ibid .p.15

128 Id. Ibid .p.16

129 Id. Ibid .p.17

Não tendo sido feita, de acordo com o conselheiro, a análise detalhada das pelas em questão, qualquer intervenção genérica por parte do órgão poderia criar elevado risco de ser “abusiva e prejudicial à liberdade de concorrência já existente nesses mercados”. O conselheiro inclusive defende que é possível a criação de peças muito parecidas para grades retrovisores e lanternas, que não ofenderiam direitos de desenho industrial e ainda assim não se enquadrariam no mercado de “*tunning*”. E afirma ainda que:¹³¹

“Por outro lado, caso o consumidor não esteja disposto a isso (comprar uma peça sem determinada marca distintiva incorporada ao seu design), ter-se-ia um mercado que eu definiria como tendente às peças “must-match”, mas cujos desenhos industriais poderiam ser facilmente alterados para se alcançar os fins da exclusividade abrangente atualmente conferidos pela lei, por meio de artifícios de proteção à marca como os acima descritos, retornando-se ao sistema atual e desviando-se, por uma via aparentemente lícita, à limitação sugerida pela SG e pelo Relator neste processo.”¹³²

Ao analisar a razoabilidade da conduta, o conselheiro conclui que é razoável que as fabricantes tenham se valido de seu direito de desenho industrial para excluir concorrentes uma vez que ele vem de um agir esperado de acordo com a norma, portanto não seria adequado exigir conduta diversa das representadas, bem como afirma que enquanto o legislador não oferecer princípios norteadores mínimos não há como falar em descumprimento da função social do desenho industrial. A não ser nas situações já reconhecidas pela doutrina, na visão do conselheiro:¹³³

“Essas situações seriam, pelo menos, as seguintes: (i) aumento excessivos de preços, (ii) escassez deliberada de produtos, (iii) não disponibilização de bem ou serviço essencial ao desenvolvimento de uma atividade num mercado derivado, (iv) recusa capaz de excluir toda e qualquer concorrência efetiva no mercado derivado, (v) prática de evergreening, (vi) venda casada de produto patenteado com outro não protegido, (vii) “*sham litigation*”. Nessas hipóteses a propriedade intelectual seria utilizada como escudo (ou espada) para práticas lesivas à concorrência e ao consumidor e, por isso, não seria condizente com o seu fim social”¹³⁴

130 Id. Ibid .p.17.

131 Id. Ibid .p.17.

132 Id. Ibid. p.18.

133 Id. Ibid .p.19.

O conselheiro chama atenção para o princípio da proporcionalidade e o princípio da intervenção mínima, fazendo referência ao ministro do STJ Ricardo Villas Bôas Cueva, dessa forma, para o relator princípios amplos devem ser interpretados de maneira muito restritiva.¹³⁵

Em relação à recuperação de investimentos o autor do voto conclui que ela pode ocorrer em mercado primário ou secundário e até mesmo antes do prazo da proteção legal, no entanto isso não modifica o direito conferido pela lei, não cabendo ao CADE entrar nessa seara.¹³⁶

O conselheiro entende que em relação ao desenho industrial não existe possibilidade de licenciamento compulsório, e que o legislador deixou o art. 68 de fora ao dizer que os art. 42 e 43 incisos I, II E IV são aplicáveis aos desenhos industriais, e que isso foi feito de forma proposital, de modo que não se aplica licença obrigatória para desenho industrial.¹³⁷

Ainda sobre o tema anterior, o conselheiro entende também que o poder do CADE se limita a recomendar e não a impor o licenciamento, que isso competiria ao INPI, tal recomendação deveria, para o conselheiro, ter caráter excepcional e ser aplicada de acordo com a regra da razão, nunca de modo abstrato.¹³⁸

Para o conselheiro o impedimento de oposição seria equivalente a declarar nulidade parcial de todos os registros de DIs obtidos pela montadora o que na visão do conselheiro significaria usurpar competência do INPI e do Poder Judiciário, que seriam instancias adequadas para avaliar a questão.¹³⁹

Entende o conselheiro que:

“Além de extremamente interventiva essa atuação, estar-se-ia substituindo às escâncaras a opção protetiva da lei pela vontade do

134 Id. *ibid* .p.19

135 Id. *Ibid* .p.21

136 Id. *Ibid* .p.23

137 Id. *Ibid* .p.23

138 Id. *Ibid* .p.24

139 Id. *Ibid* .p.25

CADE, e sob o fundamento de criarmos um ambiente mais competitivo, creio que estaríamos dando azo a novas e imprevisíveis falhas de mercado, introduzidas a partir de nossas falhas de governo.”¹⁴⁰

Quando a boa fé o conselheiro entende que diante do exercício de uma prerrogativa conferida pela lei, em uma perspectiva considerada razoável, bem como do acolhimento dos pleitos por parte do poder judiciário, bem como da ausência de impugnação dos DIs por parte das FIAPs, assim como pela ausência de pedido de licença, a boa fé das representadas estaria caracterizada. Para o conselheiro se trata de descontentamento com o conteúdo da lei, questão a ser tratado no poder legislativo, e não pelo CADE.¹⁴¹

4.3.3 Voto Conselheira Polyanna Ferreira da Silva Vila Nova¹⁴²

A conselheira começa seu voto apontando para a dificuldade do diálogo entre os institutos do direito da concorrência e da propriedade industrial, para ela isso se deve à impermeabilidade do direito da concorrência a questões constitucionais, um fenômeno que teria origem devido a ampla utilização de pressupostos da escola de Chicago. A conselheira admite ainda que hoje existe maior desconfiança e humildade em relação a adoção de métodos únicos.¹⁴³

Outro ponto salutar do voto é o reforço da importância do papel da constituição enquanto guia do ordenamento jurídico, a celebre frase de Pontes de Miranda é retomada para afirmar que “contra a constituição nada prospera e tudo fenece”. A ordem econômica é adotada como um fundamento do voto, tendo os seus valores todos citados, através do artigo 170 da constituição da república federativa do Brasil, em que pese a citação, a conselheira lembra ainda que em sua perspectiva é preciso

140 Id. Ibidem .p.25

141 Id. Ibid .p.25.

142 VILANOVA, Polyanna Ferreira Silva. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** (SEI/CADE - 0455445 – Voto)

143 Id. Ibid .p.2.

ter cautela para não interferir em outras políticas públicas uma vez que o a política concorrencial não é fixada apenas pela constituição.¹⁴⁴

O dilema entre antitruste e propriedade intelectual é introduzido pela autora do voto como superado, atualmente a visão seria de que ambos visam buscar o bem-estar social, a constituição federal é citada, art. 5º, XXIX.¹⁴⁵

Em relação ao direito de desenho industrial, sua função é citada pela autora através de um trecho do voto do ministro relator, que reconhece que a inovação é um elemento chave, é o que se busca através da proteção. Para a autora, portanto, os direitos de propriedade industrial não constituem direitos absolutos e que em circunstâncias ocasionais seus titulares podem ser obrigados a licenciá-los mediante remuneração.¹⁴⁶

A conselheira reconhece a competência do CADE para análise de questões que envolvam os direitos de propriedade industrial e faz menção ao voto do conselheiro relator, nesses casos, segundo a conselheira, a atenção da autoridade deve ser redobrada pois a linha do abuso e do exercício regular seria tênue. De forma enfática, a conselheira conclui que reconhecer a proteção aos desenhos industriais no mercado secundário de autopeças não implica em conferir imunidade a esses direitos em qualquer circunstância e nem que uma proteção está sendo conferida pelo CADE ao setor.¹⁴⁷

No caso dos registros de Desenho industrial, a autora do voto entende como necessários em nome do desenvolvimento tecnológico e retorno do investimento realizado, e citando O parecer de Celso Fernandes Capilongo, essas questões são legislativas e judiciárias e estariam fora do âmbito de atuação do antitruste. Para a autora a distinção entre mercado primário e secundário não foi feita pela LPI no art. 100, III de modo que não pode ser realizada pelo interprete do direito.¹⁴⁸

144 Id. Ibid .p.2-3.

145 Id. Ibid .p.3.

146 Id. Ibid .p.3.

147 Id. Ibid .p.4.

148 Id. Ibid .p.4

Os desenhos industriais são vistos pela conselheira como criação de forma, e que não tem como consideração a utilidade intrínseca e assim não pode ser forma necessária para que um produto atinja a sua finalidade, continuando o raciocínio a autora do voto conclui que o desenho não apresenta nenhum caráter técnico apenas forma ornamental cujo objetivo é captar a clientela.¹⁴⁹

Para a autora do ponto de vista da conduta do agente não há como esperar que o mesmo não imponha a exclusividade que a lei lhe conferiu contra qualquer que seja, até por que, segundo ela a razão de requerer o registro no INPI é poder excluir, na visão da conselheira cabe ao CADE verificar apenas se houve abuso econômico no quando do exercício da exclusividade.¹⁵⁰

Analisando ainda a LPI a conselheira conclui que não há na lei nenhuma autorização para que terceiros utilizem direitos de propriedade industrial, salvo exceção do art. 43 e assim não haveria óbices para que as representadas se oponham ao uso do design por terceiros. A, relação ao registro a conselheira lembra que não há exame prévio e conclui que a proteção do desenho industrial é revestida de informalidade e que por vezes a originalidade não se aproxima sequer dos níveis de atividade inventiva exigidas para as invenções, dessa forma a conselheira sintetiza os requisitos dos DIs da seguinte forma:¹⁵¹

“A referência quanto à natureza distintiva do novo desenho é feita com relação ao consumidor médio, razoavelmente informado; e não se exige uma configuração absolutamente distintiva, e sim que do cotejo de dois desenhos semelhantes resulte uma diferenciação, isto é, uma impressão de diferença para o consumidor médio.”¹⁵²

A conselheira relembra a função da propriedade industrial presente no art. 5º da constituição e também os fundamentos da ordem econômica presentes no art. 170. Reconhecendo a repercussão constitucional do tema passa a análise que de acordo com seu entendimento deve ser realizada através da regra da razão, a conselheira

149 Id. Ibid .p.5.

150 Id. Ibid .p.5.

151 Id. Ibid .p.5

152 Id. Ibid. p.5.

afirma que o antitruste sanciona apenas as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável e afasta no caso em questão a hipótese de análise da conduta pelo objeto.¹⁵³

Em relação a afirmação do poder de mercado das representadas no mercado relevante a conselheira acompanha o voto do conselheiro relator, em que pese a divergência da configuração das condutas anticompetitivas.¹⁵⁴

No quando da análise da assimetria de informações a conselheira entende que o debate é extremamente relevante e que a concorrência no mercado primário não leva à necessária concorrência no mercado primário, e mesmo no caso da troca de montadora o consumidor continuaria adstrito do efeito de “*Lock-in*”.¹⁵⁵

Todavia, a conselheira apesar de manifestar tal preocupação entende que é preciso sopesar os princípios relativos ao exercício dos direitos de propriedade intelectual de acordo com o princípio da proporcionalidade e que a constituição ou a legislação infraconstitucional em nenhum momento fazem diferença entre mercado primário ou secundário a exclusão das FIAPs seria apenas o cumprimento do art. 42. Outro fator considerado foi a falta de busca de licença por parte das FIAPs para a produção das peças de reposição.¹⁵⁶

Para a conselheira caso houvesse pedidos de licença negados sem critérios e objetivos claros, nesse caso eventuais prejuízos à concorrência poderiam ser considerados, a conselheira entende que considerar que o exercício de monopólio patentário no mercado secundário enquanto danoso aos consumidores exige um conjunto probatório, o que não foi apresentado.¹⁵⁷

A conselheira entende também que o consumidor médio é informado em relação aos custos de peças de reposição e que há uma interdependência entre

153 Id. Ibid .p.6

154 Id. Ibid .p.6.

155 Id. Ibid .p.6.

156 Id. Ibid .p.6.

157 Id. Ibid .p.7

mercado primário e secundário, o que impediria o exercício de preços monopolistas no mercado secundário¹⁵⁸.

Concluindo o voto a autora elenca a falta de escassez como indício da inexistência da prática, outro ponto levantado é a ausência de pesquisa de mercado capaz de embasar a alegada irracionalidade na diferença de preços entre mercado primário e secundário.¹⁵⁹

No quando da competência a conselheira entende que o cada não pode julgar a validade adequação ou legitimidade de registros realizados pelo INPI. As hipóteses de abuso de direito, recusa de venda ou emprego de propriedade intelectual para se alavancar indevidamente no mercado secundário não forma constatadas.¹⁶⁰

Em relação a propriedade industrial a conselheira entende que o direito de propriedade industrial é útil para evitar “*free-riders*” e “*cherry-picking*” que a exclusividade consiste um monopólio legal e temporário e que por si só não pode ser punido salvo em caso de comprovação. A conselheira reforça ainda que a LPI não estabelece restrição à mercado geográfico primário ou secundário e que decisão administrativa não pode mudar a lei.¹⁶¹

Quanto aos ganhos a conselheira termina por afirmar que:

“A Lei de Propriedade Industrial, de todo modo, não condiciona a validade ou a abrangência da proteção aos ganhos eventualmente auferidos pelo titular. Vale dizer: segundo o disposto na Constituição Federal e na LPI e para potencializar o incentivo à inovação - o titular do registro não está sujeito a nenhuma limitação com relação aos retornos que possivelmente possa obter com a sua exploração”.¹⁶²

4.4.4 Voto da conselheira Cristiana Alkmin¹⁶³

158 Id. Ibid .p.8.

159 Id. Ibid .p.11.

160 Id. Ibid .p.11

161 Id. Ibid .p.11

162 VILANOVA, Polyanna Ferreira Silva. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** (SEI/CADE - 0455445 – Voto .11p.

A conselheira inicia a análise do mérito por avaliar que não há um novo comportamento por parte das representadas, e sim uso regular da LPI, e entende ainda que atuação no mercado secundário existe em virtude da permissão do INPI, a ideia de “*sham- litigation*” também é afastada do escopo da investigação. A conselheira entende que, por lei, as montadoras detêm 100% do monopólio e entende que são 100% capazes de excluir concorrentes em virtude da lei, no entanto afirma que pode haver concorrência na compra no varejo, aqui a dinâmica, para ela, seria outra.¹⁶⁴

Apesar das afirmativas anteriores a conselheira a seguir expõe a impossibilidade de falar em monopolização em abstrato, e aponta o voto do relator ao afirmar que não houve separação dos mercados de produção e venda do “*aftermarket*”.¹⁶⁵

Quanto à permanência das FIAPs no mercado a conselheira entende que a cópia não é a única forma de permanência da mesma no mercado, mas sim uma apropriação de um direito que não pertence às fabricantes independentes.¹⁶⁶

A conselheira entende que o “*lock-in*” seria gerado com ou sem a presença de DIs no mercado secundário. A assimetria também não seria um problema para a conselheira uma vez que existe possibilidade de acesso à informação, outro argumento é que a reputação é importante e o que acontece no “*aftermarket*” tem impacto no “*foremarket*”.¹⁶⁷

A conselheira entende o processo em questão abordou um problema de custos sociais da legislação de propriedade industrial, e que esses custos são gerados pela lei e não pela conduta das representadas.¹⁶⁸

163 A fundamentação do voto da conselheira foi feita em apresentação de slides, estão no documento (SEI – CADE - 0455408) do Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51

164 SCHIMIDT, Cristiane Alkmin J. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** (SEI – CADE - 0455408) slide. 30-31

165 Id. Ibid .32.

166 Id. Ibid .32.

167 Id. Ibid .33.

168 Id. Ibid .33.

No que tange à eficiência, entende a conselheira que foram demonstradas apenas as eficiências de um monopólio temporário e teórico, porém não foram analisados dados das montadoras.¹⁶⁹

A conselheira se vale das decisões judiciais favoráveis e do parecer do INPI para afastar a incidência de extensão indevida do mercado secundário para o mercado primário, ainda, para afastar a hipótese de abuso pela lei 12529/11 a conselheira entende que não há abuso pois não se trata de “*sham litigation*” e fraude, também entende que não se verifica negativa de licenciamento ou infrações do art.68 da LPI, bem como aponta para a falta de comprovação de escassez dos produtos ou discriminação de preços¹⁷⁰

Quanto ao tópico de abuso exercício de direito de PI a autora do voto afirma que a tese do relator, quanto à finalidade econômica e social, conclui que não existem motivos para que o INPI conceda RDI no mercado secundário. Novamente, para afastar a alegação a conselheira se vale da posição do INPI e do Poder Judiciário em relação ¹⁷¹

Quanto à complementariedade das normas de PI e Antitruste a conselheira considera a discussão irrelevante para o processo administrativo em questão e ressalta que o judiciário seria a melhor instituição para apaziguar a questão. Considera que o fato de uma inovação trazer ou não desenvolvimento não importa para o processo em questão. Outro ponto levantado é a relação com o INPI, que seria independente para definir seus critérios, de modo que qualquer alteração em seus critérios deve ser feita por meio do parlamento, ou seja alterando a LPI.¹⁷²

A conselheira entende também que mesmo diante da existência de monopólio no mercado secundário para o consumidor final, e ainda que não existisse justificativa econômica para o uso do direito de DI um processo administrativo não seria a via adequada para a tutela de tal finalidade sob pena de incerteza jurídica. A conselheira aponta ainda que o fim social é uma análise perigosa e exemplifica

169 Id. Ibid. 34.

170 Id. Ibid. 35

171 Id. Ibid .36.

172 Id. Ibid .38.

apontando para possibilidade de um fornecedor prover uma peça não autorizada que pode vir a se quebrar facilmente alega que o bem-estar diminui.¹⁷³

Outra questão trazida à luz é a da expectativa de direito, nesse ponto a conselheira entende que não há expectativa decorrente de violação da lei e entende que há boa fé em reclamar de uma conduta que seja caracterizada enquanto crime. Na mesma questão, entende que, a inexistência de relação jurídica anterior, bem como de anúncios públicos afasta a possibilidade da expectativa de direito. Mas entende que esse ponto deve ser considerado em sede de advocacia da concorrência.¹⁷⁴

A conselheira entende ainda que a ANFAPE comete crime por violar os registros de desenho industrial das representadas, e acrescenta que a prática não deve ser tutelada pelo CADE, a tese do sucesso das representadas nas ações judiciais é novamente levantada, apesar do reconhecimento de uma ação de nulidade com ganho de causa contra a Ford.¹⁷⁵

Em relação à condenação, a conselheira ressalta a impossibilidade diante da falta de individualização da conduta e ausência de provas dos efeitos anticompetitivos.¹⁷⁶ Por fim, a conselheira determina a cessação de conduta por parte das FIAPs bem como o encaminhamento do voto ao INPI para consideração sobre tempo máximo de vigência dos registros, a conselheira encaminha ainda o voto à SEAE/MF para a sugestão de alteração legislativa por meio do congresso.¹⁷⁷

4.4.5 Voto da conselheira Paula Azevedo¹⁷⁸

A conselheira acompanha a divergência do conselheiro Maurício Maia, e começa por expor que nesse processo o CADE busca apurar a existência de abuso de

173 Id. Ibid .38.

174 Id. Ibid .40.

175 Id. Ibid .47.

176 Id. Ibid .48.

177 Id. Ibid. .52

178 AZEVEDO, Paula. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** (SEI/CADE - 0454781 - Voto)

posição dominante em virtude do exercício do direito de desenho industrial, a apuração deveria ser feita à luz dos artigos 20 e 21 da lei 8884/94.¹⁷⁹

A conselheira entende também que uma análise do tribunal deve ser feita tendo por base a regra da razão, tal análise deve seguir as etapas de verificação de poder de mercado e posição dominante, verificação dos efeitos positivos e negativos, e por fim a possibilidade de atingir os efeitos positivos por outros meios. A autora do voto entende que o CADE não pode classificar condutas como ilícito concorrencial tendo por base apenas os efeitos potenciais da conduta.¹⁸⁰

Em relação aos DIs, a conselheira entende que são assegurados pela Lei 9726/96, assim, por si só, na visão da conselheira, o exercício de tal prerrogativa não configura infração do artigo 20 incisos, I, II e IV. O caso seria, assim, uma escolha política de prioridades para além da livre concorrência, ou seja, um microssistema, que por sua vez “estaria apto a afastar a incidência da regra geral de defesa da concorrência”.¹⁸¹

Em que pese tal colocação a conselheira entende, no entanto, que as faculdades conferidas pela lei de propriedade industrial não são irrestritas e que pode existir abuso de direito hipótese que levaria à análise e punição por parte da autoridade antitruste.¹⁸²

No entanto, no caso concreto, a conselheira não vê uma prática abusiva no exercício de DI, uma vez que a propositura de ações é uma faculdade conferida pela lei. Outro aspecto ressaltado são as decisões favoráveis que não incorreram em abuso de petição, e que o limite do aceitável não foi ultrapassado. Em relação ao mercado, a conselheira entende que não houve fechamento pelo ajuizamento tendo em vista a subsistência de concorrentes de peças must-match através do licenciamento.¹⁸³

A análise de recusa de licenciamento também foi feita, a conselheira acredita que o argumento de elevação de custo de rival ou exclusão não se sustenta uma vez

179 Id. Ibid .p. 1.

180 Id. Ibid .p.1-2.

181 Id. Ibid .p.2.

182 Id. Ibid .p.2.

183 Id. Ibid .p.2

que a diferença de preços entre os produtos originais e genéricos é de mais de 170 pontos percentuais, para a autora do voto o pagamento de royalties não inviabilizaria a concorrência diante dessa discrepância.¹⁸⁴

A conselheira expõe o que considera abuso no quando do exercício da propriedade industrial e cita a jurisprudência norte americana como parâmetro ao apontar as condutas de recusa de licenciamento, acúmulo ou não licenciamento, “*enforcement*” de patentes inválidas ou obtidas por fraude bem como “*sham litigation*” e “*pools*” patentários.¹⁸⁵

Novamente apontando o parâmetro adotado pela jurisprudência norte-americana, a relatora entende que existe uma necessidade de verificação do abuso sempre em concreto com a caracterização dos desvios de finalidade e afastamento da licitude, e cita o ex-conselheiro Ragazzo para afirmar que a possibilidade do exercício de um direito, ainda que obtido de forma regular ser considerado abusivo, para a conselheira Paula Azevedo, o que Ragazzo diz é que a não há como configurar exercício abusivo em abstrato.¹⁸⁶

Ao avaliar a conduta da representada novamente a conselheira aponta para o parâmetro norte-americano e afirma que não se pode configurar nova modalidade de abuso, uma vez que as montadoras se mantêm a sombra da prerrogativa legal, e segundo a conselheira em virtude disso é que a hipótese de “*sham-litigation*” foi afastada.¹⁸⁷

As decisões judiciais favoráveis também são citadas pela conselheira para afirmar que a existência de uma decisão judicial favorável à nulidade não é suficiente para que dela se deduza o exercício abusivo, uma vez que cada peça, de acordo com a definição do conselheiro Mauricio Maia, faria parte de um mercado relevante próprio.¹⁸⁸

184 Id. Ibid .p.2-3.

185 Id. Ibid .p.3

186 Id. Ibid .p.3

187 Id. Ibid .p.3

188 Id. Ibid .p.3-4

A conselheira defende ainda que a validade permite o exercício até de um direito até que ele tenha sido declarado inválido, nesse sentido, o princípio da presunção de legitimidade do direito emanado de autoridade competente é invocado, para a autora do voto o exercício abusivo se dá apenas após ter sido declarado inválido.¹⁸⁹

A ausência de restrição expressa por parte da LPI para o mercado secundário também é invocada como fundamento para afastar a punição, assim se conclui que não há como falar também em análise de efeitos uma vez que a conduta não seria, na análise da conselheira, ilícita. A conselheira acrescenta que a regra da razão não pode admitir uma análise prospectiva, ela apenas analisa um mercado em um lapso de tempo definido, e entende que uma condenação das representadas implicaria na constituição de um ilícito por objeto. Ainda tratando da legalidade a conselheira entendeu que não cabe ao CADE afastar a incidência de uma lei, ainda que parcialmente, bem como entendeu isso implicaria em vedação de acesso ao poder judiciário.¹⁹⁰

4.4.6 Voto do Conselheiro Alexandre Barreto de Souza¹⁹¹

O conselheiro entende que a competência do CADE deve ser reafirmada, e reforça a opinião do ex-conselheiro Ragazzo fazendo ao seu voto na averiguação preliminar, assim, reforçando que quem deve fazer o controle sobre a abusividade do exercício do direito de propriedade intelectual é o CADE.¹⁹²

O jurista entende ainda que existem contornos constitucionais para o exercício do direito de propriedade industrial e esses contornos são dados pelo art. 5º, inciso XXIX e pelos princípios constitucionais da ordem econômica e financeira previsto no art. 170 em especial a função social da propriedade e da livre concorrência. De modo que quando o estado concede o direito de propriedade industrial não quer dizer

189 Id. Ibid .p.4.

190 Id. Ibid .p.4.

191 De SOUSA, Alexandre Barreto. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** – (SEI/CADE- 0455310)

192 Id. Ibid .p. 2.

que exista um aval para abusos, o exercício deve ser limitado pelo direito constitucional civil e pela LPI.¹⁹³

O parecer do MPF é citado pelo conselheiro, que reforça que a utilização dos direitos de propriedade industrial deve ser moldada através do direito da concorrência e que a lei de propriedade industrial não ampara abusos concorrenciais.¹⁹⁴

O autor do voto faz referência ao professor Salomão Calixto Filho, ao defender que a proteção dos direitos de propriedade industrial é na verdade dinâmica, mas que isso não deve ser compreendido como uma forma de exceção às regras de direito da concorrência à qual todos estão sujeitos inclusive os monopólios legais.¹⁹⁵

A ex Conselheira e autora Ana Frazão também é citada no voto, a citação de sua obra vem colaborar com a ideia de que condutas anticompetitivas, ainda que amparadas por um direito legítimo de propriedade intelectual, não estão imunes ao controle antitruste, a competência para reprimir a exploração abusiva dos direitos de propriedade industrial é mais uma vez reforçada.¹⁹⁶

A questão dos resultados obtidos pelas representadas no poder judiciário é combatida pelo conselheiro, uma vez que, para ele, em consonância com o voto do relator, o poder judiciário não estaria com os melhores instrumentos para realizar de forma especializada o exercício dos direitos de propriedade industrial e os seus efeitos sobre a concorrência.¹⁹⁷

A definição de mercado, na visão do conselheiro, é tomada como um mercado relevante distinto para cada autopeça de reposição de cada veículo distinto. O poder de mercado é configurado a partir dessa perspectiva.¹⁹⁸

193 Id. Ibid .p. 3.

194 Id. Ibid .p.3.

195 Id. Ibid .p.3.

196 Id. Ibid .p.3.

197 Id Ibid .p. 4.

198 Id. Ibid .p.4

A sanção de multa nos patamares mínimos é vista como atinente com a função de alertar aos infratores que a conduta é ilícita, para o conselheiro, a obrigação de não impor os desenhos industriais no mercado secundário seria mais importante para a proteção do sistema.¹⁹⁹

Em relação à segurança jurídica, o conselheiro Alexandre entende tal premissa é falsa uma vez que as representadas já cessaram sua conduta no desenrolar do processo, indicando assim o efeito dissuasório almejado ao fim do processo.²⁰⁰

4.4.7 Voto do Conselheiro João Paulo Resende²⁰¹ (voto vista)

No começo do voto, o conselheiro define o que está presente no escopo do processo administrativo e o que não está, entre os aspectos que não estão presentes o conselheiro destaca a questão marcaria e o abuso de direito de petição, a licitude de notificações extrajudiciais, tanto as petições como as notificações são tomadas como provas da conduta da representada, que será julgada de acordo como o poder de produzir efeitos anticoncorrenciais nos termos do art. 20 da lei 8884/94 atual art. 36 da lei 12529/11. O objeto do processo para o conselheiro seria apenas os registros especificados nas ações, não se tratando de um julgamento em tese, mas de um julgamento de fatos.²⁰²

O próximo aspecto analisado são os mercados, o conselheiro entende que existem dois, o primeiro teria duas dimensões, a que diz respeito aos automóveis e a dimensão nacional, seria o mercado de venda de veículos, chamado de mercado primário. O segundo mercado seria o de peças de reposição, definido pelo conselheiro como nacional tendo em vista que a proteção do registro de DI é também nacional, e definido também em função de cada peça objeto de registro de DI que foram objetos das ações e notificações, ao todo 25.²⁰³

199 Id. Ibid .p.4

200 Id. Ibid .p.4

201 RESENDE, João Paulo. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51** (SEI/CADE - 0455638 – Voto)

202 Id. Ibid .p. 2

203 Id. Ibid .p.3

Ainda em relação ao mercado, o conselheiro considera as peças enquanto must-match, uma vez que devem se encaixar no local e sua função é restituir a aparência original do veículo, uma diferença em relação ao voto do conselheiro Maurício Maia é apontada, uma vez que esse entende que peças similares podem ser consideradas substitutas, o autor do presente voto entende que não poderiam, tendo em vista a função de restituição do design pelo qual o consumidor optou no momento da compra do veículo, assim não haveria possibilidade de substituição pelo lado da demanda não sendo a identidade do veículo restaurada.²⁰⁴

Quanto a definição de um mercado de “*tunning*” o conselheiro entende que esse na verdade se destina aos consumidores que querem na verdade alterar o aspecto original das peças de seu veículo e não aos que querem recuperar o design original, além disso a diferença de preços é um fator relevante em função da menor escala de produção, tal fato como aponta o autor do voto é apontado inclusive no parecer fornecido pela Ford.²⁰⁵

Outras peculiaridades do mercado automobilístico, segundo o conselheiro seriam a assimetria de informações bem como os custos envolvidos na alteração do desenho original, que para ele, implicam em perda do valor do veículo, o que combinado com o alto valor envolvido em uma eventual do bem acaba por gerar um efeito de “*lock-in*”.²⁰⁶

O poder de mercado, de acordo com o conselheiro, é determinado em função do próprio registro de desenho industrial, uma vez que apenas o titular teria o direito de reprodução da peça protegida, portanto seria inútil perquirir a cota de mercado das representadas em relação às peças. Ainda na definição do mercado o conselheiro não vê também necessidade de avaliar quantidade de licenciados uma vez que por ser titular do direito de DI as montadoras poderiam extrair renda de monopólio nesses contratos de licenciamento. Em relação as FIAPs o autor do voto também não acredita ser necessária a definição de seus respectivos “*Market Shares*” uma vez que o poder dos RDIs pode excluí-las do mercado diante das oposições.²⁰⁷

204 Id. Ibid .p.3

205 Id. Ibid .p.3

206 Id. Ibid .p.3

207 Id. Ibid .p.4

Ainda tratando da exclusividade dos RDIs, o conselheiro entende que os efeitos seriam dominação do mercado secundário de autopeças, relativos aos respectivos registros, o que levaria ao fechamento do mercado para as FIAPs, todavia admite que não isso, *per se*, não importa em efetivo ilícito, afinal poderia haver justificativa econômica que pudesse trazer bem-estar ao consumidor final, eficiência.²⁰⁸

O conselheiro entende que o exercício de direito no mercado secundário se consubstanciaria em um monopólio de licenciamento, que teria efeitos danos a concorrência em um mercado em que se encontra presente o “*lock-in*”, esses efeitos seriam a transferência de renda do consumidor por meio do sobre-preço, o peso morto de monopólio que para o conselheiro implica na desistência do consumidor por causa do preço muito elevado, o que pode leva-lo a circular sem as pelas ou a adquirir peças paralelas inseguras. Assim entende que há ineficiência e riscos a sociedade.²⁰⁹

Outro efeito seria a criação de incentivo para que as montadoras passem a fazer mudanças em relação a durabilidade de suas peças, o que levaria, diante do monopólio no licenciamento, a uma conduta na qual o bem no mercado primário tem um baixo valor e no mercado secundário um alto valor. Apontando para a teoria de George Akerlof, o autor do voto aponta que isso levaria a um equilíbrio no qual existiriam apenas veículos de menor qualidade no mercado.²¹⁰

A questão da assimetria de informação é considerada um fator relevante para a análise do conselheiro, que afasta a possibilidade de assumir que o consumidor médio tenha acesso real as informações uma vez que, apesar dos seguros disponibilizarem poucos possuem seguros, nesse aspecto pesquisas do setor de seguro são citadas para afirmar que em torno de 25% da frota de automóveis possui seguros. Por fim o conselheiro alerta que o consumidor tradicional brasileiro não deve ser visto de acordo com a conduta que os julgadores tomariam, e reconhece que

208 Id. Ibid .p.4

209 Id. Ibid .p.4

210 Id. Ibid .p.4

esses consumidores não fazem parte dos representantes de menos de 1% em termos de renda, da população brasileira.²¹¹

Ao tratar de eficiência o conselheiro entende que o consumidor não poderia se valer da função do design para saber de quem está adquirindo o produto, a afirmação é sustentada pelos argumentos de que a função dos DIs não diz respeito a qualidade função ou marca, protegem apenas o Design que pode ser agradável ao consumidor no momento da escolha do produto.²¹²

Em relação à ideia de subsídios cruzados, para o autor do voto, eles se adequariam melhor a um monopólio natural do que ao monopólio no setor de autopeças, um mercado com assimetria de informação “*switching costs*” e efeito de “*lock in*”. Permitir a prática de tais subsídios, na visão do conselheiro seria reforçar uma falha de mercado. O conselheiro entende ainda que diante da análise do preço no mercado primário o consumidor poderia ter melhor condição de escolha, tendo todos os custos já colocados nessa relação.²¹³

Em relação ao argumento da reputação, enquanto parte da análise, o conselheiro entende que ele não merecia prosperar uma vez que o consumidor comum não troca de carro a cada três anos, se existissem, os alegados efeitos a longo prazo tornariam vários consumidores vítimas do “*lock in*” sem necessidade que assim fosse.²¹⁴

Outro risco apontado pelo conselheiro é o de que todas as montadoras excluíssem concorrentes e elevassem seus preços, diante de tal comportamento ainda que não houvesse conluio o consumidor estaria diante de um equilíbrio de mercado sub ótimo, que deveria ser enfrentado pela regulação.²¹⁵

Superada essa análise o conselheiro passa à apreciação da suposta imunidade conferida pela propriedade diante do direito da concorrência. O primeiro critério é a diferenciação entre monopólio econômico e monopólio legal. A propriedade

211 Id. Ibid .p.4

212 Id. Ibid .p.4

213 Id. Ibid .p.5

214 Id. Ibid .p.5.

215 Id. Ibid .p.5.

industrial é um monopólio, como define o conselheiro se valendo dos ensinamentos de Denis Borges Barbosa, um monopólio no sentido legal, ou seja, a exclusividade legal de uma oportunidade de mercado e não necessariamente uma exclusividade do mercado, como fundamento legal são apontados os art.15 e 31 da nova e antiga lei de concorrência respectivamente. Os artigos são mencionados pois o autor do voto vista considera que o legislador diferencia monopólios ao apontar a existência e possibilidade de controle dos monopólios legais bem como por essa expressão englobar os direitos de PI, mas o ato considerado mais importante é que esses artigos afastariam a possibilidade de qualquer imunidade de tais direito em relação ao antitruste.²¹⁶

O conselheiro continua a análise afirmando que o exercício do direito de DI no mercado secundário em questão devido aos fatores de “*switching costs*”, “*lock in*” e custos afundados aliados a assimetria de informações são os fatores responsáveis. O mesmo admite ainda que em outros mercados o monopólio do título de propriedade industrial não resulta necessariamente em prejuízos significativos, caso exista por exemplo, indiferença do consumidor em relação ao desenho industrial original ou no caso de ausência de relevante assimetria de informação, o que afastaria a falha de seleção adversa.²¹⁷

Quanto a relação entre propriedade industrial e antitruste o autor do voto entende que existe perfeita compatibilidade e não um conflito entre ambos a ser resolvido pelo legislador.²¹⁸

O autor do voto aponta ainda que a propriedade industrial é instrumental a finalidade do progresso tecnológico e econômico, dessa forma seria instrumental à própria proteção da concorrência uma vez que seu objetivo é fomentar a competição por superação das inovações existentes entre os concorrentes do mercado. Quando o título não atende a tal requisito, a tutela constituiria um obstáculo a concorrência, devendo ser superado, o autor do voto chama à atenção a abordagem da propriedade

216 Id. Ibid .p.5

217 Id. Ibid .p.5

218 Id. Ibid .p.5

industrial como “propriedade concorrencial”, os autores Calixto Salomão e Camelier da Silva são citados para embasar o voto.²¹⁹

Em relação a caracterização do exercício abusivo do direito de propriedade industrial o autor do voto inicia por citar o raciocínio de seu voto no Processo Administrativo nº 08700.000625/2014-08, de que nenhum direito deve ser entendido como absoluto anda que tenha oponibilidade *erga omnes* e lembra que o exercício de tais direitos lembra também que o abuso do direito propriamente dito ocorre apenas no quando da existência, enquanto titularidade, do direito.²²⁰

O conselheiro reitera que a questão não é a legalidade da concessão do registro, e afirma que, assim como conceder licença compulsória isso seria função do INPI, no entanto ressalta que o exercício de tais direitos pode e deve ser exercido em compatibilidade com a constituição e outras leis, e a fiscalização pode ser feita por outras instâncias que não o INPI. A tese anterior é sustentada tomando por base o art. 68 da LPI, o conselheiro evidencia que o rol não é taxativo diante do termo ensejam igualmente em licença compulsória presente no mesmo artigo no § 1º.²²¹

Um paralelo com a “*sham litigation*” é estabelecido pelo conselheiro para demonstrar como um direito de envergadura constitucional, garantia do estado democrático de direito, ainda que sendo conferido pela lei, pode ter o exercício regulado pelo CADE.²²²

Quando aos efeitos anticompetitivos, o autor afirma que ocorre de forma simultânea ao desvio de finalidade, e reitera que não se está avaliando o direito per se, visto que é o seu exercício que gera a situação de abuso. Quanto a alegação de que seria necessária previsão legal prévia, o conselheiro entende que a lei não é capaz de dispor de todas as situações de abuso, na visão do mesmo, não faria sentido proibir a conduta por lei, ou seja de forma abstrata, uma vez que o exercício de DI pode não ser um problema em outros mercados.²²³

219 Id. Ibid .p.5-6.

220 Id. Ibid .p.6.

221 Id. Ibid .p.6.

222 Id. Ibid .p.6-7.

223 Id. Ibid .p.7

Novamente tratando do direito de propriedade industrial o autor entende na esteira dos ensinamentos de Denis Borges Barbosa, que o exercício que restringe a concorrência indo além do seu fim, estimular a inovação, deve ser considerado abusivo, citando Venosa, acompanha o entendimento que não importa a intenção de prejudicar, desde que os fins do exercício do direito estejam fora do que a lei pretendeu.²²⁴

O conselheiro acredita pelo exposto que houve uma confusão no processo entre os institutos de abuso dos limites legais da constituição do direito e o abuso do desvio de finalidade no exercício do direito, aponta que a compreensão do abuso passa por uma interpretação teleológica, e novamente ressalta a questão da semelhança com o instituto da “*sham-litigation*”.²²⁵

Por fim, ao definir a conduta ilícita o art. 5º, XXIX da constituição é novamente citado para apontar finalidade da propriedade intelectual, especificamente em relação ao DI a finalidade apontada é a de atrair o consumidor por meio da identidade visual distinta, de modo que, no mercado em questão, é um fator que limita a concorrência, portanto existe um desvio da finalidade legal do direito de propriedade industrial, assim o conselheiro conclui pela configuração de infração concorrencial.²²⁶

4.5 Análise

Inicialmente cabe ressaltar que os conselheiros foram unânimes ao afirmar que não existe imunidade antitruste para os direitos de propriedade intelectual e que caberia ao CADE avaliar tais hipóteses.

Os conselheiros entendem que pode haver abuso em matéria de propriedade intelectual. Os votos a favoráveis ao arquivamento apontam para os critérios da doutrina norte americana como parâmetro, e indicam que as práticas abusivas se

224 Id. Ibid .p.7.

225 Id. Ibid .p.7

226 Id. Ibid .p.7.

restringiriam à (i) aumento excessivos de preços, (ii) escassez deliberada de produtos, (iii) não disponibilização de bem ou serviço essencial ao desenvolvimento de uma atividade num mercado derivado, (iv) recusa capaz de excluir toda e qualquer concorrência efetiva no mercado derivado, (v) prática de evergreening, (vi) venda casada de produto patenteado com outro não protegido, (vii) “sham litigation.

Apesar das hipóteses terem sido apontadas, foi recorrente o argumento da falta legislação quanto à impossibilidade de exercício de direito de desenho industrial no mercado secundário de autopeças. Em que pese a proposta da análise feita pelo Ex conselheiro Ragazzo na instauração do processo, o abuso, exercício, não foi tão discutido quanto a ausência de lei.

O instituto da sham litigation foi apontado de forma recorrente pelos conselheiros como algo possível, apesar da inexistência de lei impedindo a prática, em relação ao tema o conselheiro relator recordou que não precisa existir deslealdade processual para que esse venha a ocorrer, bastaria que ficasse claro o abuso.

Todos os conselheiros entenderam que pode existir um problema no mercado secundário de autopeças, isso é evidenciado pela sugestão da via da advocacia da concorrência nos votos que decidiram pelo arquivamento. Todavia, a ausência de lei proibitiva do exercício foi apontada como obstáculo para a atuação da autoridade. Um voto, da conselheira Cristiane Alkmin, chama a atenção por entender que mesmo diante de monopólio e ausência de justificativa econômica o CADE não seria a via adequada para se insurgir contra essa hipótese.

Em que pese a questões como (i) assimetria de informação o critério utilizado pelos conselheiros que votaram pelo arquivamento uma vez que os consumidores poderiam procurar pelas informações (ii); “*lock in*” é negado por diversos votos por entenderem que haveria possibilidade de licenciamento para concorrentes (iii) a questão da categoria must-match: foi afastada pelos votos que optaram pelo arquivamento, se entendeu que tal análise caberia ao INPI, que por sua vez, entende que não pode fazer tal análise apenas para um mercado.

CONCLUSÃO

A análise realizada pelos conselheiros é pouco elucidativa em relação aos critérios adotados nessa decisão uma vez que (i) a análise feita incide mais no campo da validade que do exercício do direito de propriedade industrial (ii) As práticas que poderiam ser entendidas como possíveis abusos se voltam contra argumento utilizados para o arquivamento, por exemplo, de um lado se reconhece a possibilidade de controle do direito de petição sem norma expressa, do outro lado não se permite o controle de desenho industrial por ausência de limitação expressa ou adequação aos precedentes norte-americanos. (iii) existe um reconhecimento unânime de um problema no mercado secundário de autopeças.

Assim, a hipótese de abuso do 187 e 36 XIX, não foi analisada em termo de exercício de direito, mas sim de legalidade e entendida de forma diversa em um caso em que também se critica o conjunto probatório, de modo que não é possível confirma-la no presente.

A Decisão gera insegurança jurídica por suas contradições, essa sendo essa agravada por três fatores (i) ausência de diretrizes (ii) reconhecimento de um problema no mercado secundário de autopeças (iii) potencial de alteração no mercado, uma vez que esses direitos de exclusão podem passar a ser exercidos quando nunca antes haviam sido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **A Nova Lei de Defesa Da Concorrência: Perspectivas e critérios acerca da relação entre os direitos sobre os bens imateriais e de defesa da livre concorrência**. São Paulo: Saraiva. 2015 p. 285-286
- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. **Controles Sociais Extrínsecos do Exercício de Direitos de Propriedade Intelectual: Antitruste de tutela de direitos fundamentais**. XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. Rio de Janeiro, 2007
- AZEVEDO, Paula. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (SEI/CADE - 0454781 - Voto)
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade Intelectual – Tomo I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2003.
- BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.ed.
- Da SILVEIRA, Paulo Burnier - Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 Voto GAB5 (SEI nº 0455664).
- DE SOUSA, Alexandre Barreto. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 – (SEI/CADE- 0455310)
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito dos contratos**, vol 4. 4. ed. Salvador: JUS PODIVM. 2014
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de Proteção Da Concorrência: Comentários à Lei Antitruste**, Rio de Janeiro: Forense. 1998
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

HESSE, Carla. **The Rise of intellectual property 700 BC – A.D. 2000**: An Idea of balance. Daedalus Spring 2002.

MAIA, Maurício Oscar Bandeira. Processo Administrativo 08012.002673/2007-51 (SEI/CADE - 0455442 – Voto)

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

Parecer nº 0046-2017-AGU/PGF/PFE/INPI/COOPI-LBC-1.0

Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 fl 2476. Ofício nº 1525/2008/DPE

RESENDE, João Paulo. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51. (SEI/CADE - 0455638 – Voto)

SCHIMIDT, Cristiane Alkmin J. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (SEI – CADE - 0455408)

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL- Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (SEI nº 0209160).

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método. 2003.

TRF-2. 2ª Turma Especializada – Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial. Voto da Desembargadora Rel. Simone Schreiber, de 17.05.2016. Processo 0810091-06.2007.4.02.5101 (2007.51.01.810091-4), julgado em 12.12.2016

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral** vol.1. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006.

VILANOVA, Polyanna Ferreira Silva. Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 (SEI/CADE - 0455445 – Voto)

